Julio E. Lalanne

EL CONCEPTO OBJETIVO DE DERECHO

Texto preparado por el profesor Julio E. Lalanne para ser utilizado exclusivamente para la enseñanza y el estudio en la Cátedra de "Filosofía del Derecho", a su cargo, 5to año, turno mañana, de la Universidad Católica Argentina, durante el año lectivo 2019. El mismo se ha realizado en base a la doctrina tradicional de la cátedra impartida por el magisterio del profesor Félix A. Lamas.

Nuestro propósito es establecer el concepto objetivo de derecho. La experiencia jurídica y el examen del lenguaje jurídico ponen de manifiesto que la palabra derecho se utiliza con tres principales acepciones: el derecho como lo justo objetivo, el derecho como norma jurídica y el derecho como poder jurídico. En esta parte del programa de la materia "Filosofía del Derecho", corresponde que nos ocupemos del derecho en la primera acepción, es decir, del derecho como lo justo objetivo o la cosa justa. Lo que buscamos, por lo tanto, es el concepto del derecho en sentido objetivo, esto es, aspiramos a entender esta realidad, a captarla en su esencia, en su naturaleza, comprender en su íntima profundidad *qué es* el derecho en sentido objetivo. Adquirir un concepto de una determinada realidad, implica lograr entender *qué es* esa realidad. En este caso, queremos hacernos con el concepto de derecho objetivo, de modo que podamos *saber qué es el derecho* en esta acepción.

El método que vamos a utilizar consiste en recurrir a la autoridad de un autor clásico: Santo Tomás de Aquino. El pensamiento de Santo Tomás es particularmente importante porque constituye un momento de síntesis, en la medida en que abarca toda la tradición clásica incluyendo a Platón, Aristóteles que es la principal fuente de su filosofía, Cicerón, los juristas romanos clásicos, el *Corpus justinianeo* en su conjunto (no solo las *Institutas* o el *Digesto*, sino las propias leyes del Código). Elegimos a este autor no tan sólo porque su autoridad doctrinal es universalmente reconocida sino, principalmente, por el valor intrínseco de su obra. "Es que las grandes luminarias del pensamiento –decíamos en una obra anterior– siempre nos pueden orientar, siempre pueden ser muletas, pedagogos o guías que nos conduzcan hacia la verdad, supliendo los límites de nuestra propia experiencia y reflexión con todo el peso de la tradición. El diálogo con los más grandes autores de la humanidad, la comparación de obra con obra, la constatación de las continuidades y rupturas entre filósofo y filósofo, el análisis de la variación de perspectivas y posiciones, la utilización de las ideas verdaderas de los pensadores anteriores; todo esto forma parte del método genuinamente filosófico y que debe ser aplicado con el propósito de ir perfilando nuestro propio criterio, mediante apropiaciones y rechazos, para luego esbozar una labor sistemática propia y elaborar una posición personal intentando encontrar la posición definitiva de la cuestión *sub examine*, lo cual no implica en modo alguno la pura originalidad –ciertamente imposible– sino más bien enmarcarse o alinearse en alguna tradición de pensamiento, recogiendo el fruto de lo ya pensado e investigado por otros."[1]

El *locus classicus*, en donde Santo Tomás aborda la cuestión del concepto de derecho, es, como se sabe, la famosa Cuestión 57 –Acerca del derecho– de la *Secunda Secundae* de la *Suma Teológica* y ese es el texto que analizaremos en lo que sigue.

El concepto clásico de Derecho: análisis de la cuestión 57 ("*De iure*"), articulo 1, de la IIa-IIae de la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino.

1.- Contexto.

La primera y la más importante regla de interpretación de un texto consiste en situarlo en su contexto, es decir, ubicarlo dentro del todo del cual forma parte y tomar en consideración el conjunto de circunstancias históricas, doctrinales y culturales que lo rodean. Ello por cuanto el sentido de una parte integrante de una totalidad depende de ésta y, consecuentemente, no es posible comprenderlo mediante su consideración aislada.

a) Contexto próximo: la *Suma Teológica*.

En este sentido, la primera dimensión del contexto de un fragmento de una obra es la obra entera. Por lo tanto, la adecuada comprensión del artículo 1 de la cuestión 57, *De iure*, de la

[1] LALANNE, Julio E., *Si Dios no existe, ¿todo está permitido?*, Santiago de Chile, RIL editores, CET, 2016, págs. 40-41

Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, exige analizar, someramente, la *Suma Teológica*. Las Sumas eran obras muy corrientes en el siglo XIII y su finalidad era brindar una explicación breve, completa y ordenada de todas y cada una de las partes de la doctrina católica.

La Suma se divide en tres partes que abarcan toda la Teología:

1) Primera parte: gira en torno de Dios considerado en sí mismo y como primer principio de todas las cosas.

2) Segunda parte: se divide, a su vez, en dos: la *Prima secundae* –que se suele abreviar como I-II–: que trata acerca de los principios generales del orden moral: los actos humanos, los hábitos y la virtud, considerada en general; los vicios y la ley. Dentro de esta parte, resulta de interés para nuestro tema el tratado de la ley que abarca las cuestiones 90 y subsiguientes de la I-II. Y la *Secunda secundae* –II-II–: que contiene la moral especial: las virtudes especiales, a saber: las tres virtudes teologales (fe, esperanza y caridad), las cuatro virtudes cardinales (templanza, fortaleza, justicia y prudencia) y los dones del espíritu santo.

3) Tercera parte: la consideración de Dios como fin último del universo y de todas las cosas, la resurrección y los sacramentos.

Santo Tomás sistematizó toda la moral especial en torno a las siete grandes virtudes: las tres virtudes teologales y las cuatro cardinales. La cuestión 57*, sub examine*, sobre el derecho, está dentro del tratado de la justicia, que es una de las virtudes cardinales, en la *Secunda secundae*. Es la primera cuestión del tratado y, en ella, Santo Tomás se pregunta "si el derecho es objeto de la justicia".

La *Suma* es, como su nombre lo indica, una obra teológica y la intención de Santo Tomás, al desarrollar este tratado, es examinar una de las virtudes cardinales, a saber: la justicia. No es su cometido averiguar qué es el derecho sino definir la justicia. Ahora bien, las virtudes se distinguen unas de otras por su objeto. Es por eso que el Santo se pregunta, precisamente, cuál es el objeto de la justicia y contesta que es el derecho. El derecho aparece en la *Suma Teológica*, por lo tanto, como el objeto de la virtud de la justicia.

Pero la justicia es una virtud moral; es una de las cuatro virtudes cardinales y consiste, según la definición tradicional, en *la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo o su derecho*. Esto significa que el derecho forma parte integrante de la moral.

Conviene anticipar qué es lo que diferencia al derecho de la moral. La moral es más amplia y más exigente que el derecho, porque la moral tiene aspectos objetivos (por ejemplo, el ajuste de la conducta a normas) pero también tiene aspectos subjetivos (por ejemplo: la buena voluntad a la que hace referencia la definición de justicia, es decir, la intención virtuosa de actuar con justicia).

El derecho, en cambio, es objetivo, se específica exclusivamente por su objeto. No requiere intención virtuosa sino sólo intención objetiva. Esto no significa que el derecho sea inmoral; antes bien: el verdadero derecho siempre es moral, porque está dentro del ámbito de la moral, pero no se identifica pura y simplemente con la moral.

b) <u>Lugares paralelos</u>.

Otro recurso hermenéutico clásico, habitual para ubicar el texto dentro del entorno constituido por el pensamiento entero de su autor, consiste en revisar los lugares paralelos de obras del mismo autor en donde haya tratado el mismo asunto, en la convicción de que habitualmente son de ayuda para interpretar el texto. Un lugar paralelo donde Santo Tomás también se refiere al derecho y a la justicia es el *Comentario a la Ética Nicomaquea de Aristóteles*; más concretamente, el Santo Doctor habla del derecho en el comentario al Libro V de la *Ética*. Hay dos grandes diferencias entre estas dos obras:

a) La *Suma Teológica* es un tratado de teología, no de filosofía. Santo Tomás, por lo tanto, no parte de principios filosóficos sino de los datos de la Revelación. En cambio, cuando hace el *Comentario a la Ética Nicomaquea* adopta una perspectiva filosófica.

b) Santo Tomás escribe la *Suma* como autor autónomo. Es una obra en la que expone su propia doctrina. En cambio, cuando escribe el *Comentario a la Ética* se subordina al texto que comenta, que es de Aristóteles.

En el *Comentario a la Ética Nicomaquea* de Aristóteles, el Aquinate afirma que *"ius est iustum*". La frase completa, traducida al castellano, dice así: "los juristas romanos llaman *ius* a lo que Aristóteles llama justo objetivo".[2] Mediante esta fórmula, Santo Tomás consigna una mera equivalencia semántica, es decir, la asimilación de dos expresiones que significan lo mismo: (i) la palabra *ius* utilizada por los romanos; y (ii) la expresión griega *to dikaion*, empleada por Aristóteles, que es susceptible de ser volcada a nuestro idioma como: "lo justo objetivo" y que también puede asimilarse a la expresión que utiliza Santo Tomás en la Suma Teológica, "la misma cosa justa".

2.- <u>Método.</u>

El método de la *Suma* es la técnica de la discusión propia de la Dialéctica que Aristóteles desarrolla, fundamentalmente, en los *Tópicos*, aunque depurada y adaptada a la materia teológica. Recordemos la caracterización que nos ofrece Aristóteles de la Dialéctica al inicio de los *Tópicos*: "el fin del [presente] tratado es encontrar un método en virtud del cual devengamos capaces de argumentar sobre cualquier problema propuesto a partir de opiniones que son reputadas [es decir, aceptadas por la mayoría o por los más sabios, el término griego es: *endoxa*-]".[3] La Dialéctica es, por tanto, un procedimiento para resolver problemas por medio de argumentación, o silogismos, o deducción, es decir, la inferencia de una conclusión a partir de ciertas premisas, pero partiendo de premisas que no son principios –proposiciones verdaderas de suyo– sino tesis "que son compartidas (*ta dokoúnta*) por todos o por la mayoría o por los sabios, y, entre éstos, por todos o por la mayoría o por los más conocidos o reputados",[4] que de ahora en adelante llamaremos, por razones de brevedad, con el nombre griego de *endoxa*.

La estructura y la técnica con la que está construida la *Suma Teológica* es la siguiente: cada tratado (por ejemplo, el "Tratado de la Justicia"), esta dividido en sus partes principales que se llaman "cuestiones". La cuestión está, a su vez, dividida en artículos, cada uno de los cuales lleva por título el enunciado de un problema, un verdadero problema cuya solución se busca exigiendo una respuesta razonada y justificada. El problema se formula mediante una típica pregunta dialéctica que abre la discusión: la pregunta expresa una duda, de si tal cosa o tal asunto, es esto aquello, es así o de otra manera. Así pues, el título de cada artículo plantea un problema en términos netos y precisos y de en forma tajante o perentoria: *¿es o no es esto?* Nótese que la interrogación sólo admite dos respuestas contradictorias entre sí: la positiva y la negativa. Valga como ejemplo el título del artículo 1 de la cuestión 57: "*Si el derecho es el objeto de la justicia*". O bien el derecho es, efectivamente, el objeto de la justicia o no lo es, pero no cabe una tercera posibilidad. De modo que la discusión se circunscribirá a analizar las razones que abonan cada una de las alternativas opuestas.

En la siguiente parte del artículo, que se llama disputa o discusión (*disputatio*), se proponen las razones o argumentos que abogan por la respuesta negativa a la cuestión planteada. Santo Tomás recurre a *endoxa* que, en principio, darían lugar a responder, en nuestro caso, que el derecho *no es* objeto de la justicia. Cita opiniones autorizadas, esto es, importantes, a las que se les debe dar crédito. Es característico de Santo Tomás que, antes de resolver una cuestión, consulta y se informa de todo cuanto se ha escrito sobre ella por los autores anteriores, cualesquiera que fuesen. No tenía prejuicios de ninguna clase, sino una gran amplitud de criterio y un afán incansable de buscar la verdad en dondequiera que se ofreciese.[5] Es que la búsqueda de la verdad es una tarea gradual a la que todos colaboran a su manera: unos acertando y otros dando ocasión con sus tanteos y hasta con sus equivocaciones a que sus sucesores sean más cautos y examinen el asunto con más atención.

---

[2] *In Ethicorum*, Libro V, Lectio XII, 1016.

[3] *Topicos*, I 1, 100 a 18-21.

[4] *Topicos*, I 1, 100 a 27 - b 23.

[5] "In eligendis opinionibus vel repudiandis non debet duci homo amore vel odio introducentis opinionem, sed magis ex certitudine veritatis" (*Comentario sobre la Metafísica de Aristóteles*, 1.12 lect. 9, n. 2.566).

Es una regla metodológica clásica, que Santo Tomás aplica en forma estricta, consultar la experiencia y las investigaciones de quienes analizaron y estudiaron los mismos problemas y prestarles la debida atención.[6] Porque la conquista de la verdad no es obra de un hombre solo ni de una sóla época, sino de toda la humanidad pensante a través de los siglos.

Luego viene el argumento *sed contra* que no es una respuesta ni una replica contra las objeciones expuestas previamente, sino meramente una razón a favor de la otra parte de la alternativa. La frase *sed contra est*, quiere decir, sencillamente, "más en pro de la parte contraria u opuesta", tenemos los dichos de esta esta autoridad.

La tercera parte, que es la principal, es la llamada *cuerpo del artículo*, contiene la respuesta satisfactoria a la cuestión propuesta bajo modo de pregunta y discutida hasta hora, esto es: la solución razonada del problema. Santo Tomás la llama *respondeo*, es decir, respuesta y es correlativa a la pregunta que introduce el título del artículo. Comienza siempre con la fórmula: *Respondeo dicendum quod*, que podría traducirse como: "respuesta: debe decirse que…". Es la parte más importante porque contiene la determinación definitiva y justificada del asunto controvertido que brinda el Santo Doctor. Pero así como el título del artículo no es una pregunta cualquiera, sino un verdadero problema, así también su respuesta no es una respuesta cualquiera, sino una respuesta razonada, probada, justificada, que haga ver la verdadera naturaleza de la cosa y examinada y discutida.[7]

La cuarta y última parte del artículo refuta las objeciones planteadas al principio del artículo, puesto que una vez que se ha encontrado y justificado la verdadera solución del problema, corresponde que sean rechazadas, lo cual ahora resulta fácil. En efecto, toda vez que las partes de la alternativa se oponen contradictoriamente, por necesidad la otra parte es falsa e imposible y, por lo tanto, los argumentos aducidos en su favor durante la fase de la disputa son falsos y deben ser rechazados como tales.

3.- <u>Fuentes</u>.

Santo Tomás necesita *endoxa*, es decir, lugares desde donde comenzar a argumentar, enunciados susceptibles de operar como puntos de partida de la argumentación dialéctica. Recurre a diversas fuentes para obtener los tópicos y opiniones que utiliza en el artículo 1 de la cuestión 57, a saber:

<u>Aristóteles</u>: la principal fuente filosófico-doctrinal del tratado sobre la justicia es Aristóteles y, en especial, el libro V de la *Ética Nicomaquea*, que el filósofo griego dedica íntegramente al estudio de la justicia e injusticia, el derecho y la injuria, con sus especies y divisiones.

<u>Los juristas romanos clásicos</u>: Santo Tomás utiliza también el *Corpus iuris civilis* para esta cuestión, pues en sus dos colecciones, *Institutas* y *Digesto*, consagraba el título liminar, *De Iustitia et iure*, a brindar una definición general del derecho. Santo Tomás cita explícitamente la definición del jurisconsulto Celso.

<u>San Isidoro de Sevilla (556-636</u>): Isidoro era un erudito, de origen español, cuya obra más importante y que cita Santo Tomás son las *Etimologías* (hacia 634), una monumental enciclopedia que refleja la evolución del pensamiento desde la antigüedad pagana y cristiana hasta el siglo VII. Se trata de una obra enciclopédica, en la que se recogen todos los saberes de la época: teología, historia, literatura, arte, derecho, gramática, cosmología.

<u>San Agustín</u>: no cabe olvidar que el tratado de la justicia es, ante todo, una obra teológica y, por lo tanto, Santo Tomás emplea los textos de los grandes padres de la Iglesia, entre los cuales, San Agustín es el más utilizado.

4.- <u>Suma Teológica, II-II, Q. 57, artículo 1, *De iure*.</u>

[6] Es necesario "…que el hombre atienda solícito y con frecuencia y respeto, a las enseñanzas de los mayores, en vez de descuidarlas por pereza o rechazarlas por soberbia (*Suma Teológica*, II-II, q. 49, a. 3 ad. 2)

[7] RAMÍREZ, Santiago, "Introducción general" a la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, Madrid, Ed. B.A.C., tomo I, 1964, pág. 179.

Enunciados acerca de qué es *ius*.

En el artículo encontramos las siguientes fórmulas que contienen enunciados acerca del *ius* o derecho:

1. *Ius est ars boni et aequi*: el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo, según la cita del Jurisconsulto Celso. En este caso, la palabra *ius* hace referencia a un saber. Precisamente, al saber acerca de lo justo. Del mismo modo que, modernamente, llamamos "derecho privado" a la disciplina jurídica que estudia lo justo en las relaciones jurídicas entre particulares en general.

2. *Ius est obiectum iustitiae*: el derecho es el objeto de la virtud de la justicia. Esa "cosa justa", eso que Aristóteles denominaba *to dikaion* (que puede traducirse como "lo justo objetivo") es el objeto de la virtud de la justicia.

3. *Ius est ipsa res iusta*: Santo Tomás expresa aquí una equivalencia semántica, a saber: derecho (*ius*) = "la misma cosa justa" (*ipsa res iusta*). La "misma cosa justa" se refiere, una vez más, a lo justo objetivo, al *to dikaion* de Aristóteles que, en su objetividad terminal puede asimilarse a una cosa.

4. *Ius est iustum aequalis*: el derecho consiste en la realización de la igualdad propia de la justicia. La justicia es igualdad; igualdad no entre hombre y hombre sino entre títulos. Los sujetos de la relación de justicia tienen títulos, que constituyen el fundamento racional de un merecimiento, positivo o negativo. Los títulos son relativamente opuestos, pero idénticos en su objeto y medida, por eso se habla de igualdad: porque tienen un mismo contenido objetivo. Hay una adecuación de la conducta de uno al título del otro, y viceversa (todo esto será desarrollado más adelante).

5. *Iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae*: la traducción literal al idioma castellano de esta frase es la siguiente: "se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de la justicia". Esta expresión es de suma importancia y la vamos a analizar en lo que sigue, puesto que nos brinda la pauta para interpretar a qué tipo de objeto se refiere Santo Tomás cuando dice que el derecho es "el objeto de la virtud de la justicia".

El derecho es "el objeto de la virtud de la justicia". Teoría del objeto.

En el art. 1 de la Cuestión 57 –*De Iure*– de la Suma Teológica, II-II, como hemos tenido oportunidad de comprobar, Santo Tomás dice que el derecho es "*el objeto de la virtud de la justicia*", que también denomina "*lo justo*" o "*la misma cosa justa*". Esta es una aportación en cierto modo original e importante al problema de la definición del derecho que realiza el Santo; nos referimos a la conceptualización del derecho como *objeto de la virtud de la justicia*, ya que ni en las obras de Aristóteles ni en los textos legislativos y doctrinarios del Derecho Romano encontramos con la misma precisión esta doctrina. Vale la pena detenerse y explicarla, comenzando por el concepto de *objeto*.

La noción de "objeto".

La palabra *objeto* deriva de *objectum*, que es el participio pasado del verbo *objicio*, y quiere decir "echar hacia delante", "ofrecerse", "presentarse a los ojos". El término *objeto*, etimológicamente, significa algo que está fuera del sujeto, enfrentado a éste pero, al mismo tiempo, en cierta relación con el sujeto. A esta misma familia de palabras pertenece la palabra *objetivo* en el sentido de meta; el *objetivo* es aquello que está delante y que se pretende alcanzar como resultado de la acción del sujeto. Todo objeto, por ende, presupone un sujeto, es decir, un agente que pone su atención sobre él y lo convierte en término de sus preocupaciones, de su atención, o, con mayor precisión, de sus facultades. La cosa considerada en absoluto, la cosa en sí, que no ha sido conocida ni querida, no es aún, en sentido estricto, *objeto*. Se convierte en objeto cuando un sujeto le da entrada en el ámbito de sus intenciones, tanto volitivas como cognoscitivas. El objeto, por tanto, no puede asimilarse sin más con la cosa en bruto, pues la cosa pasa a ser objeto recién cuando un sujeto dirige hacia ella su acto consciente. Los microbios o las vitaminas existieron en bruto, como cosas en sí, durante siglos. Pero no fueron *objeto* de conocimiento hasta que existió un sujeto capaz de estudiarlos a través de un microscopio y convertirlos en término

de referencia de su curiosidad intelectual. Ser objeto, por tanto, no consiste meramente en ser una cosa, sino en ser termino de un acto de conocimiento –o de tendencia, o del querer de la voluntad– por parte de un sujeto que repara en esa cosa y dirige hacia ella su acto consciente.

Esa mutua y recíproca implicación entre objeto y sujeto es una ley fundamental de los actos intencionales humanos. Se llaman actos *intencionales* aquellos cuya estructura o esencia consiste en estar referidos a un objeto. Son actos en los que el sujeto y la realidad (o, si se quiere, en el lenguaje idealista: la conciencia y su contenido) no se confunden sino que se distinguen. Empero, no obstante esa distinción, la realidad (en cuanto objeto), sin dejar de ser lo que es, es determinada a ser algo presente en el acto del sujeto; adquiere una formalidad en relación con el sujeto que la torna *para* y *en* el sujeto. Cuando se habla de objeto de una facultad, de un hábito o de un acto, la palabra significa *aquello hacía lo que se dirige la facultad, el hábito o el acto como término de referencia*. Así, por ejemplo, la facultad de ver implica un término que es *objeto* de la visión y que, según Santo Tomás, es lo coloreado, pues todo ver implica, necesariamente, ver algo coloreado. Otro ejemplo: el acto de conocer necesariamente está referido hacia algo que es objeto de ese conocer pues todo conocer es conocer *algo*, sin el cual no hay conocimiento.

En sentido lato, por lo tanto, objeto es *el término de referencia hacia el cual apunta el acto intencional consciente de un sujeto*. Y, por extensión, se habla de objeto para designar todo aquello que constituye término de referencia de una facultad (que es la potencia de realizar actos), de un hábito o de una virtud (que es la disposición que inclina a realizar actos) e incluso de una ciencia. Ahora bien, en todos estos casos el objeto cobra una importancia fundamental porque es lo que les confiere *forma*, *estructura*, *contenido* y *finalidad* a esos actos, hábitos, virtudes o formas de conocimiento. El objeto es el término y el fin del acto humano intencional, y es, por tanto, lo que específica o determina la acción haciéndola ser tal acción o tal otra.

La división en objeto motivo y objeto terminativo.

Empero, cuando se habla del objeto de la conducta humana (el acto humano voluntario y libre), hay que distinguir, como lo hacía la escolástica, entre dos clases de objetos: el objeto *motivo* y el objeto *terminativo*:

a) El *objeto motivo* es aquello que, una vez conocido por la facultad racional del hombre y querido por su voluntad, impulsa o mueve al hombre a actuar. Es lo que convoca a la acción al modo de aquello que se quiere conseguir. El objeto motivo es la representación de un bien que opera como fin anticipado por la inteligencia *antes de actuar,* es decir, aquello que, idealmente, el agente pretende obtener como consecuencia de su conducta. Es la meta a la que se aspira pero que todavía no existe más que en estado de representación. No es, por lo tanto, algo real existente sino más bien un ente puramente mental, un desiderátum.[8] Se denomina "motivo" porque es lo que "mueve" al sujeto a realizar una determinada conducta. Es el objeto de la acción en el sentido preciso de *objeto intencional*, es decir, aquello que el agente se propone a modo de proyecto y que, por lo mismo, inspira el apetito de su realización. En este sentido, el objeto motivo por el cual la voluntad se mueve a hacer algo se identifica con lo que la escolástica denomina *la causa final* de la acción, es decir, el fin querido por el sujeto al actuar. Tomemos el ejemplo, caro a Aristóteles, del arquero: tensa su arco mientras observa el blanco y se representa mentalmente el objeto motivo de su acción –la acción consiste en lanzar la flecha–, a saber: acertar en el centro mismo del blanco. Pero ese logro es todavía un proyecto que existe solo en la mente del arquero.

b) El *objeto terminativo,* en cambio, es aquello que se consigue real y efectivamente una vez concluida la acción. Es, por lo tanto, y en cierto sentido, *posterior a la acción,* puesto que es el resultado de la conducta que el agente puso en acto convocada o atraída por el objeto motivo. Si bien el proyecto y la consecución o producción de lo proyectado versan sobre lo mismo, lo cierto es que el objeto terminativo nunca es idéntico al objeto motivo, porque lo efectivamente realizado u obtenido como resultado de la acción terminada no concuerda exactamente con la intención inicial del agente, aunque, claro está, alguna coincidencia debe haber entre uno y otro. Si toda conducta es movimiento, el objeto terminativo es el movimiento concluido, el acabamiento de la acción, es decir, la conducta *in facto esse,* la conducta concluida o terminada, por oposición a la conducta *in fieri* o en

[8] "Desideratum", según el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, significa: "Aspiración, deseo que aún no se ha cumplido".

movimiento. Es el momento en el que la acción ya ha terminado, se ha consumado totalmente y, por lo tanto, es lo que define la acción como su resultado, cuasi su efecto. En el ejemplo del arquero, el objeto terminativo sería aquello que sobreviene al lanzamiento de la flecha ya efectuado a modo de resultado real de esa acción, a saber: el impacto efectivo de la flecha en el blanco, aunque no necesariamente en su centro (recuérdese que este era el objeto motivo), cosa ciertamente difícil y no frecuente, sino, probablemente, en algún lugar de la circunferencia.

Hay una diferencia evidente entre el fin al que tiende el agente como *objeto motivo* de su acción y el fin alcanzado en tanto *objeto terminativo*: el primero, tal como hemos visto, es una representación mental y, en cuanto tal, es abstracto, mientras que el término de la acción es siempre algo real, existente y, por lo tanto, concreto.

El derecho es el "objeto" de la virtud de la justicia. ¿Qué clase de objeto es?

Ahora bien, apliquemos estos conceptos a nuestro tema. Santo Tomás dice que "*el derecho es el objeto de la justicia*". ¿Cómo debemos interpretar esta expresión, en el marco del pensamiento de la escolástica tomista?

La justicia es una virtud y una virtud es un habito, es decir, una disposición firme y estable que inclina a una potencia o facultad humana a actuar rectamente de modo cuasi automático y con facilidad. A su vez, las potencias humanas son el principio y la fuente de los actos humanos. Si la virtud es una disposición, la pregunta es: ¿disposición a qué? Disposición a ciertos actos, inclinación a realizar determinado tipo de actos. Por consiguiente, el objeto de una virtud es la conducta a la cual la virtud dispone, esto es, el acto que es término de referencia de esa disposición habitual.

Si aceptamos la clásica caracterización de la justicia como "*la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo*", de acuerdo con la famosa definición de Ulpiano, parece claro que el objeto de la justicia consiste en el acto de *dar*. La expresión *dar* tiene aquí un sentido amplísimo: puede equivaler a *entregar*, o puede significar *respetar*, o también *devolver*, como puede tener el sentido de *transferir*. En cualquier caso, queda claro que el objeto de la virtud de la justicia es ese acto que constituye el término hacia el cual la virtud de la justicia inclina al sujeto: consiste en una conducta humana, exterior, dirigida a otro, por la que se la da a éste lo que le pertenece como "suyo", lo que le es debido, o, sintéticamente, su *derecho*.[9]

Ahora bien, cuando Santo Tomás dice que el derecho es "el objeto de la virtud de la justicia", ¿está hablando de "objeto motivo" o de "objeto terminativo"? Si estuviera haciendo referencia al objeto motivo, estaría de algún modo mentando la conducta justa en mero estado de proyecto en el entendimiento del agente. En este caso, el Santo Doctor estaría afirmando que el derecho es una representación mental abstracta de lo suyo que hay que darle al otro. En tal supuesto, el derecho tendría una naturaleza puramente moral, ya que, como hemos visto, el motivo por el cual se realiza la acción sólo existe en la mente. Sería tanto como afirmar que el derecho es lo justo *in intentione*, o bien darle una cierta preeminencia a aquello que el sujeto se propone darle al otro bajo forma de proyecto, antes de ser realizado. De ser así, el derecho guardaría sustanciales semejanzas con la moral, pues en esta cobran máxima importancia la intención interna de los actos humanos.

En cambio, si interpretamos que el derecho es el objeto terminativo de la virtud de la justicia, entonces se trata del acto de justicia *in executione*, es decir, en estado de ejecución consumada. El objeto terminativo del acto de darle al otro lo suyo no es el mero querer interno del sujeto, ni tampoco lo justo en estado mental o intencional, sino la efectiva entrega al otro de la cosa suya; es la restitución real en la que termina la acción justa. Ahora bien, parece evidente que Santo Tomás está haciendo referencia al objeto *en el que termina la acción*, y no al objeto que opera como motivo de la acción, porque lo propio del derecho es la efectiva y objetiva realidad de lo justo y no las meras intenciones puramente mentales de hacer lo justo.

Confirma esta interpretación, lo que dice Santo Tomás en el *respondeo* [respuesta] del artículo 1 de la cuestión 57 de la *Suma Teológica*, II-II:

[9] *Suma Teológica*, II-II, q. 58.

> Algo se dice justo en cuanto tiene la rectitud de la justicia en la cual se termina el acto de la justicia aún no considerando de qué modo lo hace el agente.[10]

Adviértase la importancia de este pasaje y, en especial, de la expresión que hemos subrayado expresamente: lo justo es el término del acto que realiza la rectitud de la justicia, sin importar con qué intención lo hace el agente, es decir, con independencia de que lo haga con intención virtuosa o sin ella o, dicho de otro modo: con cierta independencia del objeto motivo de la acción. En el campo de la justicia, que es el ámbito de las relaciones sociales, lo que en verdad importa es la armonía exterior de cosas y acciones. "Saldar una deuda –comenta Giuseppe Graneris–, aunque sea con ánimo malo y rebelde, es ya un bien, al menos para el acreedor satisfecho y para el ordenamiento social".[11] El derecho es el objeto de la virtud de la justicia, pero considerado en forma independiente del ánimo del sujeto. Por lo tanto, es de toda evidencia que no puede ser en modo alguno el objeto motivo sino el objeto terminativo del acto de la virtud de la justicia porque el objeto motivo es, precisamente, *intención y proyecto*, mientras que el objeto terminativo es *ejecución y efecto*, esto es, la acción real, terminada y consumada, con prescindencia de la intención del agente. Esto es lo que permite a Santo Tomás identificar el derecho con una cosa –*res*– o con una acción –*actio*–. La acción del sujeto tomada en su exterioridad terminal, es decir, acabada y separada de la intención del agente, es asimilable a una cosa: la misma cosa justa –*ipsa res iusta*–.

El derecho, por lo tanto, no es, hablando en sentido estricto, la conducta justa o debida u obligatoria sino algo que, a su vez, es el término de esa conducta: *el objeto terminativo de la conducta justa o aquello sobre lo cual recae la acción que realiza la igualdad de la justicia*. Y ese término de la acción es, en rigor y a fuer de ser precisos, algo distinto de la acción considerada en sí misma: es el momento en el que la acción ha concluido, ha terminado, es el acabamiento de la acción en cuanto ha producido un efecto, un resultado. En la acción de *dar* (para continuar hablando de la acción propia de la justicia expresamente mencionada en la fórmula de Ulpiano), el objeto terminativo –esto es: el término del acto de dar– es la dación terminada en cuanto acaba, cuando la cosa ya ha sido entregada y está en poder efectivo del destinatario de la dación (ya que todo dar es dar algo a alguien). Nótese que la dación culmina con la posesión efectiva de la cosa dada por parte de ese otro que es su dueño, lo cual implica el restablecimiento o la realización de la igualdad propia de la justicia.

Tomemos como ejemplo la típica relación de crédito: el derecho se realiza cuando el obligado hace efectivo el pago de la deuda al acreedor y, por lo tanto, una vez cumplida o terminada la acción de pagar, esto es, en el momento en que el acreedor tiene en su poder, es decir, posee de hecho *lo suyo*, aquello a lo que tenia derecho, que en este caso, es la suma de dinero recibida para cancelar la obligación.

Sigamos con el análisis: ¿qué tipo de realidad es ese objeto terminativo de la conducta jurídica? Santo Tomás responde:

> pero la materia de la justicia es la operación exterior, en tanto que ésta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción.[12]

El objeto terminativo de la conducta justa puede ser, entonces:

(i) *una cosa*, en el sentido de una cosa material exterior al sujeto sobre la que recae la acción y en ese caso la conducta terminará en la cosa efectivamente entregada a su legítimo dueño o, dicho en otros términos, en lo suyo efectivamente dado a quien tiene título para recibirlo y, en tal sentido, puede decirse que el objeto terminativo de la acción justa es, en último análisis, la cosa misma que es aquello en lo que termina la conducta. O bien:

---

[10] "Sic ergo iustum dicitur aliquid quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerata qualiter ab agente fiat" (*Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 1.)

[11] GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1977, pág. 21.

[12] *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 10.

(ii) el objeto terminativo de la acción justa puede ser *la conducta propiamente dicha* ("*la operación exterior*" según la expresión del Aquinate en el párrafo copiado más arriba), en cuanto esa conducta, que no es otra cosa que un movimiento, ha llegado a su término final por haber sido efectivamente realizada y por estar definitivamente concluida. A su vez, en este último caso podríamos sub-dividir las conductas en: a) obrar o hacer; y en b) omitir o no hacer.

Es ilustrativo traer aquí un ejemplo de cada uno de estos supuestos: (a) en primer lugar, la conducta justa puede consistir en el pago de una obligación dineraria, en cuyo caso el termino de la acción, o la acción cumplida y acabada, será el dinero efectivamente entregado y en poder del acreedor; (b) en segundo término, la conducta justa puede consistir en cumplir con una tarea para la que el obligado ha sido contratado y, en este, caso el termino de la conducta justa será la tarea efectivamente realizada; y, por último, (c) la conducta justa puede consistir también en una abstención de hacer algo, por ejemplo, en abstenerse de competir por haberse obligado el sujeto a ello contractualmente, y en tal supuesto, el término de la conducta es la conducta del obligado consistente en no poner en acto la conducta que se obligó a no hacer.

De acuerdo con este análisis, cuando Santo Tomás utiliza la expresión *ipsa res iusta* –la misma cosa justa– está haciendo referencia al objeto de la virtud de la justicia y, más precisamente, al objeto terminativo de la conducta justa o jurídicamente obligatoria, esto es, al efecto o resultado de esa conducta. Y, es evidente, que es algo concreto, es decir, algo real que, en su exterioridad terminal, puede bien ser denominado una *res* –cosa–. El objeto motivo, la intención del agente, la ley –modelo imperativo de conducta– son principios del derecho que, en cuanto tales, son necesariamente abstractos, pero el derecho, en sentido estricto, es una cosa concreta. Desde esta perspectiva, resulta mucho más clara la expresión *la misma cosa justa*, pues es evidente que hace referencia a esa cosa en la que termina la conducta justa. Esta es la idea central del pensamiento iusfilosófico de Santo Tomás de Aquino.

Empero, no se trata de dar cualquier cosa ni de realizar cualquier conducta sino la cosa justa. ¿Y cual es la cosa justa o la conducta cuyo término es la cosa justa? Es la conducta que implica dar la cosa que "*tiene respecto de otra persona la debida proporción*", según dice el Aquinate o, utilizando otra expresión del mismo Santo Tomás: dar la cosa o hacer la acción que "*realiza la igualdad de la justicia"*; por eso mismo se llama *justa*. El derecho, en este sentido de objeto terminativo de la acción justa, tiene una medida, entendiendo por *medida* la delimitación precisa de la cosa debida: ya sea la cosa que hay que dar, la conducta que hay que hacer o aquello de lo que hay que abstenerse o no hacer. La medida es un conjunto de aspectos del derecho que corresponden al qué, al cuánto, al cómo, al cuándo y al donde, es decir, a las circunstancias que delimitan la prestación –la dación, la acción, la abstención– para satisfacer el título del otro y, correlativamente, delimitan el correcto uso y ejercicio del poder jurídico respectivo. La medida de lo debido –objeto terminativo de la acción justa– se determina objetivamente en función de dos cosas: 1º) la medida del poder jurídico de aquel a quien se le debe y, en última instancia, la medida de su título; y 2º) la medida racional que establece, a modo de modelo imperativo, la norma jurídica en cuanto dice cuál es la conducta obligatoria.

La norma jurídica.

En el mismo texto del artículo 1 de la cuestión 57 (más precisamente, en la respuesta a la segunda objeción) Santo Tomás dice que la ley no es propia y principalmente el derecho. Y, a esta altura de nuestro análisis, la expresión cobra una significación clara puesto que, en efecto, la ley no es el objeto terminativo de la conducta justa, lo justo objetivo, el *to dikaion* aristotélico, o *la ipsa res iusta*. La ley es "*aliquid ratio iuris*" –"una cierta razón del derecho"–. La palabra "*ratio*" aquí no está haciendo referencia a la potencia intelectual del hombre de discurrir mentalmente sino que alude al producto de la razón que es signo de algo real, es decir, a la esencia de algo en cuanto está en la mente o, dicho más sencillamente, al concepto de algo. La ley es cierta "razón del derecho" porque es un modelo preexistente en la mente –del legislador– acerca de lo que debe ser el derecho. De manera que lo que dice el Aquinate es que si bien la ley no es, en sentido estricto, el derecho real concreto, porque no es conducta ni el termino objetivo de la misma, sin embargo es la preexistencia bajo la forma de modelo mental (aunque puede significarse por escrito o de vida voz) de lo que, esencialmente, debe ser el derecho real. La ley expresa

racionalmente, mediante signos mentales y lingüísticos (conceptos expresados mediante palabras que conforman juicios expresados en proposiciones generales y abstractas) aquello justo que debe realizarse en la esfera de las conductas humanas reales. Y lo expresa porque la ley es la regla y medida del derecho, el modelo imperativo de lo justo, modelo al cual se deberán ajustar las conductas reales de los sujetos –el obligado y el acreedor–; la ley es la regla que establece los títulos de cada uno de los sujetos de la relación jurídica y la medida recíproca de los mismos. En cierto sentido, asiste razón al Aquinate cuando dice que la norma no es el derecho en sentido propio, porque la *ipsa res iusta* solo puede existir en concreto mientras que la ley siempre expresa el deber ser jurídico en forma general y abstracta. Sin embargo, la ley también es, en cierto sentido, derecho, porque dice el derecho imperativamente y, de ese modo, lo causa.

La norma jurídica, para la filosofía tradicional, es principio del derecho o, para decirlo con precisión, es *la causa formal extrínseca y ejemplar de la conducta justa* o, o lo que es lo mismo, su modelo: la pauta o ejemplo al cual se deberá ajustar la actividad que las partes de la relación jurídica deben obrar en la realidad.[13] El contenido u objeto de la norma jurídica es la medida o modelo tanto de la conducta jurídica obligatoria de uno, como así también del derecho subjetivo del otro; esto es: la norma dice qué es lo que debe obrar el sujeto obligado y qué es lo que puede reclamar la contraparte –el acreedor– respecto de aquel. La norma jurídica crea y distribuye entre los sujetos de la relación jurídica posiciones reciprocas de exacta correspondencia: cuando atribuye a alguien un poder de exigir, impone a otro un deber de conducta opuesto y correlativo; de modo tal que establece, mediante una expresión racional modélica, lo que cada uno *debe* y/o *puede* hacer o exigir como consecuencia del deber o del poder que, respectivamente, les atribuye. El contenido de esta regla del obrar es formalmente idéntico[14] a lo que los hombres deben hacer en la realidad –si es que quieren obrar de acuerdo a derecho– y es, probablemente, en virtud de esta *similitud esencial* –o identidad formal– entre la norma general y abstracta y la realidad jurídica singular y concreta (la conducta, el poder jurídico, las relaciones entre ambos) que ha sido llamada también ella con el nombre *derecho*. Lo que en la norma es orden racional, modélico, ejemplar, paradigmático, en la realidad es orden de las conductas, de las prestaciones efectivas, de las relaciones reales, de los deberes y derechos concretos,[15] es decir, orden vivido. Y ese orden real, vivido, deriva de algún modo –"participa", mejor dicho, de acuerdo con la conocida noción de participación de origen platónico– del modelo formal establecido por la norma. Es por eso que en la norma se encuentra la medida objetiva de los deberes y los derechos de cada uno, aunque esa "medida" no lo es en el mismo sentido que la que se da en la realidad sino que es "medida" en el sentido de que es su modelo racional imperativo.

El poder jurídico.

Santo Tomás no llegó a desarrollar en forma sistemática el concepto de derecho subjetivo, expresión que, por otra parte, no era común en su época. Se debe al gran teólogo-jurista español Francisco Suárez S.J. (1548-1617) la primera definición rigurosa del derecho subjetivo como *"facultad moral sobre la cosa suya o sobre aquello que se le debe*", en su obra "*Tractatus de legibus ac Deo legislatore*" del año 1679 (siglo XVII). Sin embargo, debe reconocerse que la idea de derecho subjetivo está implícita en la misma caracterización de la justicia y del derecho que hace Santo Tomás en la *Suma Teológica*.

Cuando el Aquinate dice que el *derecho* es objeto de la justicia y cuando dice que la acción justa consiste en dar a cada uno su *derecho*, la palabra *derecho*, en ambos casos, está usada para hacer referencia al objeto terminativo de la acción justa, tal como ha sido explicado precedentemente. Ahora bien, eso que Santo Tomás denomina *derecho* (en realidad, utiliza el vocablo latino *ius*), que es lo que el sujeto obligado debe darle al otro es, a su vez, lo que

[13] Dice SANTO TOMAS: "*El artista hace un buen trabajo cuando es fiel a los principios del arte. Pues bien, la relación entre obra artística y arte es idéntica a la existente entre obra justa y ley*" (*Suma Teológica*, I, q. 21, a. 2).

[14] Cuando decimos "formalmente idéntico", queremos decir: esencialmente idéntico. Utilizamos aquí la expresión "formal" en el sentido preciso de "forma" o "causa formal", entendiendo por forma lo que hace que una cosa sea lo que es.

[15] Véase la precisa descripción de la norma jurídica que hace LAMAS en *La experiencia jurídica*, págs. 316/17 y 341/43.

ese otro, titular de un poder moral de reclamación, puede reclamar. Es *lo suyo* del otro. De tal manera que, el contenido del deber jurídico del obligado y el contenido del poder moral de reclamación del otro (facultado a exigirlo, reclamarlo o reivindicarlo), son idénticos; en un caso, es objeto terminativo de la acción justa que consiste en dar *lo suyo* del otro –aquí la expresión *lo suyo* es equivalente a las otras expresiones: *lo justo*, *la cosa justa* o *su derecho*–; y en el otro caso, es objeto terminativo de una facultado moral o poder de reclamar lo propio que le asiste a su titular. Dos puntos de vista relativamente opuestos, empero, sin embargo, hacen referencia a algo que es materialmente idéntico y lo mismo.

Hay una estrechísima vinculación, por lo tanto, entre esta acepción del termino y del concepto *derecho* –la de derecho subjetivo– con las que analizamos anteriormente, es decir, entre los dos analogados que venimos considerando. El objeto terminativo de la conducta justa –mentado por el término *derecho* en la acepción anterior– es, a la vez, tanto lo que el sujeto pasivo (el deudor en una relación crediticia) debe darle al otro, cuanto lo que corresponde al otro y ese otro –sujeto activo en la relación jurídica o acreedor– tiene la facultad o el poder de reclamar o exigir. En efecto, el objeto de la conducta propia de la justicia (conducta que, en general, podemos identificar con el verbo *dar*) es *lo suyo* y, a su vez, el objeto del poder jurídico es también *lo suyo* (o, mejor dicho, *lo mío*, visto desde la perspectiva del que tiene poder para reclamarlo) de su titular. Entre las dos personas, sujeto del deber y sujeto del derecho, se intercala algo que, estando, por así decirlo, en el medio de ambas, es *al mismo tiempo* objeto (terminativo) de la conducta debida de una y objeto (terminativo) del poder jurídico de la otra (llamado *derecho subjetivo*): ya hemos visto que puede ser una cosa exterior, un servicio, un hacer, una abstención, etc.[16].; en definitiva, puede ser cualquier medio de cumplir con la obligación jurídica. El objeto común del deber y del poder es, materialmente, el mismo. Por eso, dice bien Teófilo Urdanoz que lo que es derecho para uno de los sujetos de la relación jurídica es debido para el otro, que debe cumplir la justicia, lo que implica *la identificación de los dos términos.*[17]

El derecho, entendido como poder jurídico sobre la cosa propia o sobre lo que se le debe, también tiene una medida, que es exactamente la misma medida que tenía la acción justa (o, mejor dicho, su objeto terminativo), ya que la cosa debida y la cosa exigible,[18] tal como hemos visto, son materialmente idénticas.

Sea como fuere, lo cierto es que Santo Tomás se queda con estas dos ideas principales: *derecho* como lo justo objetivo, la misma cosa justa, el objeto terminativo de la conducta justa, que es el objeto de la virtud de la justicia y, por otra parte, la ley o la norma, como regla y medida racional e imperativa de esa conducta.

5.- <u>Tres conceptos distintos de derecho y un contenido conceptual común</u>.

El fenómeno jurídico se manifiesta complejo y multiforme en la realidad. Hay tres componentes estructurales de la realidad jurídica que, si bien son diversos entre sí, reúnen las siguientes características:

1. están presentes necesariamente en todo fenómeno o realidad jurídica;
2. son correlativos, es decir, se co-implican recíprocamente a tal punto que no puede entenderse uno sin los otros dos –y viceversa–;
3. son irreductibles entre sí; y
4. todos ellos han sido denominados por los hombres con una misma palabra, a saber: *derecho*.

---

[16] *"..la materia de la justicia es la operación exterior, en tanto esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción.*" (*Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 10).

[17] URDANOZ, Teófilo, O.P., *Introducción al Tratado de la Justicia y a la cuestión 57 de la II-II de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (B.A.C.), 1956, tomo VIII, pág. 202.

[18] Aquí utilizo el término *cosa* en sentido amplio, comprensivo no tan sólo de las cosas exteriores sino también de las operaciones exteriores y aún de las abstenciones, tal como –según creo- lo utiliza SANTO TOMAS cuando habla de la *ipsa res iusta*.

Derecho es, por lo tanto, una palabra que significa tres conceptos, que a su vez, son signos de tres cosas distintas entre sí. Cada uno de los elementos estructurales mentados por la palabra *derecho*, respecto de los demás, es a la vez algo semejante y algo desemejante, pues no son lo mismo el objeto terminativo de la conducta justa, el poder jurídico sobre la cosa suya y la norma jurídica. Sin embargo, aún cuando estos tres analogados o cosas a las que hace referencia la palabra derecho son irreductibles entre sí, conceptualmente tienen algo en común. Ese aspecto común en los tres es un elemento formal: *una medida estricta y objetiva de igualdad que es común o igual en los tres analogados*. La medida del objeto terminativo de la conducta debida es la misma medida del poder sobre esa misma cosa (suya del otro o propia, según se mire) que se denomina derecho subjetivo y es, a su vez, la misma medida que ha sido fijada racionalmente por la norma jurídica. Dicho de otro modo: el deber de prestación, el poder de reclamación y la norma jurídica *tienen el mismo e idéntico objeto* (entendido como delimitación objetiva y concreta de la dación, acción o abstención). Y ese contenido común se resuelve, en última instancia, en el valor justicia (pues siempre es: lo legal, en cuanto se ajusta al modelo legal, y lo igual, en cuanto es lo que es la medida de igualdad entre títulos contrapuestos).

El análisis de la realidad jurídica, confirma entonces, lo que ya había prefigurado el examen semántico: *el carácter analógico del concepto y de la palabra derecho*. No existe un término y un concepto unívoco de *derecho*, sino que el concepto de derecho y el término que lo expresa significan tres cosas realmente distintas pero que tienen algo en común, y eso es lo que justifica que a cada una de esas realidades se las designe, aunque de modo proporcional y desigual, en sentido propio como "*derecho*".

Haciendo un esfuerzo por precisar cuál es ese contenido conceptual común o, hablando con precisión, el concepto análogo común de derecho, podríamos decir que es *una medida estricta y objetiva de igualdad que está, al mismo tiempo, y, por tanto, es común, al deber de conducta, al poder de reclamar esa misma conducta y a la regla racional de esa conducta* Se trata de la igualdad, correspondencia o proporción objetiva entre los dos títulos contrapuestos ineludiblemente presentes en toda relación jurídica, o lo que es lo mismo, la igualdad que existe entre la medida del poder y facultad de una parte y la medida de la obligación y conducta debida, de la otra. Esta es la idea o noción objetiva común a los tres analogados que, por otra parte, justifica que los denomine con una misma palabra, a saber: *derecho*.

6.- <u>Notas genéricas de la conducta justa.</u>

Tal como hemos visto, el derecho, para Santo Tomás de Aquino es el objeto de la virtud de la justicia, entendiendo por tal expresión –ahora ya lo podemos decir con precisión–: *el objeto terminativo de la conducta que realiza la igualdad de la justicia*, conducta que se ajusta al modelo previsto en la norma jurídica y, al mismo tiempo, se adecua al título del otro. La dación de lo debido o el cumplimiento de la prestación constituye, a la vez, objeto (terminativo) del deber de conducta del obligado y objeto (terminativo) del poder jurídico de aquél que está habilitado por el orden jurídico a exigirlo o reclamarlo.

La elaboración de una explicación precisa del derecho, en esta acepción objetiva, exige intentar encuadrarlo en un *género*, para luego distinguirlo de los restantes entes o del resto de las cosas que forman parte de ese género por medio de una diferencia específica. Ello, de conformidad con las reglas de la lógica clásica según las cuales la definición perfecta, es decir, la expresión de la esencia de una cosa, es aquella que expone cuál es el género próximo al que pertenece y la diferencia específica que la distingue.

La conducta justa, es decir, la conducta jurídica debida u obligatoria, desde el punto de vista *genérico* tiene las siguientes determinaciones:

1. Es una conducta humana.
2. Es una conducta exterior.

3. Es conducta referida a otro sujeto jurídico, lo cual significa que es conducta social y política.
4. Es conducta debida u obligatoria.

Analizaremos a continuación, cada una de estas notas, en el orden en que han sido enumeradas.

1.- Es conducta humana.

La conducta que es objeto de la virtud de la justicia, es decir, la conducta que realiza la rectitud o igualdad propia de la justicia, es conducta humana. Esto significa, ante todo, que se trata de una conducta cuyo agente es un ser humano. Afirmación que, si bien puede parecer obvia, merece remarcarse habida cuenta de que hay autores que han afirmado que los animales son titulares de derechos y obligaciones.[19]

Ahora bien, no cualquier actividad del hombre puede ser materia del derecho sino solamente aquellos actos que se le atribuyen como agente personal, es decir, como sujeto inteligente y libre y que, en el marco de la Escuela aristotélico-tomista, se llaman "*actos humanos*" para diferenciarlos de los "*actos del hombre*". El "*acto humano*" es el acto específico del hombre porque para producirlo se necesita de la inteligencia y de la voluntad, que sólo el hombre posee entre todos los animales. Es la acción que procede de una decisión de la voluntad esclarecida por la inteligencia o, para expresarlo con las palabras que utilizó Vélez Sarfield en su Código Civil al regular el acto jurídico: una acción realizada "*con discernimiento, intención y libertad*".[20] El *discernimiento* –dice Llambias– es la versión jurídica de esa potencia del alma humana que los filósofos denominan "entendimiento" o "inteligencia": es la aptitud de razonar.[21] Consiste en el conocimiento intelectual del fin que el agente se propone alcanzar con ese acto.. El otro requisito subjetivo para que un acto encuadre en la categoría de "acto humano" es la *intención*. Si el discernimiento implica que la acción se realiza con conocimiento del fin, la intención consistirá en querer ese fin. Un acto es hecho con intención cuando el sujeto lo ha querido o formulado con exacta conciencia de su propósito y previsión deliberdada de las consecuencias. Y, por último, un acto humano voluntario es, de suyo, *libre*; libertad que si bien no excluye motivos, ni eventualmente ciertos condicionamientos, si excluye constricción externa o imposición exterior.

Habida cuenta de estos requisitos, la conducta jurídica debida es "humana" no sólo por proceder de un ser humano sino también, y principalmente, por proceder de un agente humano en cuanto actúa como persona, es decir, como sujeto racional, libre, volitivo, responsable, específicamente distinto de otra clase de seres vivos. Es la actividad propia y específica del hombre y no del animal. Los actos humanos son aquellos que se le pueden atribuir al hombre como *suyos*. *Suyos* no sólo porque los hace sino porque los conduce, los guía desde un principio interior como su dueño, los quiere efectivamente, los realiza con conciencia, con un propósito elegido libremente, es decir, con un fin. Este es el significado etimológico de la palabra "conducta": el comportamiento que es conducido o guiado por el hombre. Y, por ello, la conducta es *imputable* al hombre, esto es, atribuible a la persona como acto propio, como de él, como de su dominio. Es un acto respecto del cual el agente tiene la posibilidad de decidir hacerlo o no hacerlo. Por eso, el hombre puede y debe

[19] FRANCIONE, Gary L., *Introduction to Animal Rights: Your Child or The Dog?,* New Jersey, Temple University Press, 2000; SINGER, Peter, *Liberación animal*, Madrid, Trotta, 1999; REGAN, Tom, *Jaulas vacías: el desafío de los derechos de los animales*, Fundación Altarriba, Amigos de los Animales, 2006.

[20] Cfr. Código Civil, Art. 897: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad".

[21] LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado, Doctrina -Jurisprudencia, Tomo II-B, Hechos y actos jurídicos, Artículos 896 a 1136*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, pág. 16.

responder por esos actos, porque le pertenecen. Es decir, es un acto que le acarrea responsabilidad.

Los "*actos humanos*", denominados *actus humani*, según la terminología escolástica, se oponen a los "*actos del hombre*" o *actus hominis*, pues sólo en los primeros aparece la conciencia, la deliberación y la decisión. Los actos del hombre, en cambio, son aquellos que también son atribuibles al hombre, pero no como sujeto libre sino que son del hombre en tanto que brotan de las potencias vegetativas y sensitivas del alma humana. Se trata de actos que no son susceptibles de ser realizados bajo el dominio directo, consciente y deliberado del agente humano y que, por regla general, son ajenos a su voluntad (aunque si se podría ejercer algún tipo de dominio indirecto, cuestión que no podemos analizar aquí por falta de espacio y porque nos desviaría de nuestro tema). Ejemplo de estos actos es la esfera que Aristóteles llama, en la *Ética nicomaquea*, "irracional" a secas y los actos consiguientes.[22] Tal el caso de la digestión, los procesos metabólicos, la respiración, los sueños, etc. Son actos que también emanan del hombre pero en virtud de procesos mecánico-fisiológicos, incluso instintivos, que funcionan en general sin el concurso del intelecto y la voluntad libre.

Los filósofos escolásticos dividían el acto humano voluntario en fases sucesivas,[23] a saber:

(i) *intención del fin*: es el deseo de alcanzar algo captado como bueno por la inteligencia, que, por lo tanto, la voluntad quiere;

(ii) *elección de los medios*: que incluye la búsqueda de los medios aptos para alcanzar el fin querido; la consideración y deliberación racional, a través de un discurso deliberativo-prudencial de tipo dialéctico, acerca de cuál es el medio más adecuado para obtener el fin deseado y la preferencia por uno de ellos que se elige por ser el más apropiado para conseguirlo;

(iii) el último tramo es *el imperio* o mandato por el que se indica a la voluntad a usar el medio elegido y, finalmente, viene *la ejecución*: la voluntad y las potencias operativas obedecen el mandato de la razón práctica y ejecutan la acción.

2.- <u>La conducta justa es una conducta exterior</u>:

La conducta justa es conducta *exterior*. Decir que es exterior equivale a decir que es un acto que no queda dentro de la subjetividad psíquica del obligado a realizarlo sino que, por el contrario, es un acto que trasciende de esa subjetividad y se proyecta hacia fuera del sujeto hasta terminar, de hecho, en una cosa exterior que viene a ser un cuasi-efecto del acto, a saber: el objeto terminativo del acto o aquello en lo que recae últimamente. A su vez, eso en lo que recae puede ser una cosa corporal exterior al sujeto (en el caso de los derechos reales de dominio, por ejemplo, en los que el otro tiene un derecho respecto de la cosa que hay que darle) o una cosa incorporal (v.gr, la buena fama o un cargo) o una persona (v. gr. el hijo) o una actividad que el agente está obligado a hacer, en la medida en que se realiza efectivamente y se proyecta al exterior (en el supuesto de las obligaciones de hacer o no hacer).

Aquí, es necesario distinguir, dentro de las acciones voluntarias y libres de los hombres, dos especies, a saber: (i) las acciones libres *interiores* o *inmanentes*; y (ii) las acciones libres *exteriores* o *transitivas*. Las *acciones interiores o inmanentes* son aquellos actos que no se manifiestan hacia fuera del sujeto sino que quedan encerrados en la intimidad psíquica del operante, perfeccionando sólo la facultad o potencia del sujeto que obra. Por ejemplo: conocer, amar, odiar. En cambio, las acciones *transitivas* o *transeúntes* se caracterizan por trascender fuera del sujeto que obra para generar algún efecto propiamente dicho. Son conductas que rematan con un acto de la potencia motriz del operante y, por lo tanto, están compuestos, de una parte, por una manifestación del cuerpo, sin perjuicio de

[22] "una parte del alma es irracional y la otra si tiene razón […]. Lo irracional en parte parece común y vegetativo, quiero decir la causa de la nutrición y el crecimiento […] Parece en efecto que en los sueños actúa principalmente esta parte." (*Ética nicomaquea*, Libro I, Cap. 13, 1102 a 30 – 1102 b 3)

[23] *Suma Teológica*, I-II, cuestiones 8-17. Puede verse, además, las siguientes obras: VERNAUX, Roger, *Filosofía del hombre*, Madrid, Herder, págs. 152-155; SERTILLANGES, *La Philosophie morale de saint Thomas d´Aquin*, pág. 26

surgir, de la otra, de un principio interior como lo es la decisión de la inteligencia y la voluntad, de la cual le viene su calidad de acto humano.

La actividad humana que es materia del derecho son los actos libres exteriores, es decir, los actos humanos que por salir fuera del sujeto, son susceptibles de afectar a otros hombres, de relacionar al sujeto operante con otros sujetos, pudiendo interferir respecto de la vida social, y dando lugar a relaciones intersubjetivas. Por el contrario, los actos inmanentes, en tanto que son actos puramente interiores, son conductas que están excluidas del ámbito del derecho y, por lo tanto, ajenas a la consideración jurídica.[24] Es a todas luces evidente que las leyes positivas humanas están impedidas naturalmente de imperar sobre esos actos; porque el hombre percibe solamente las cosas que se manifiestan hacía el exterior de los sujetos, por lo cual si el legislador mandara sobre aquellos actos interiores no tendría modo alguno de saber si es obedecido y, en consecuencia, tampoco las autoridades podrían juzgar el comportamiento de los destinatarios de esas normas.

La materia de la justicia y del derecho, en cuanto éste es conducta es, como se aprecia, una acción humana libre pero *exterior* consistente en dar, hacer o no hacer algo; es un acto voluntario que termina más allá de la interioridad del sujeto, es decir, que se proyecta hacia fuera del agente y, por ello mismo, puede repercutir, afectar o impactar de algún modo respecto de otro sujeto, dando lugar a la interacción propia de la vida social. Santo Tomas lo dice con toda claridad: "La materia de la justicia es la operación exterior, en tanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción".[25] En tanto conducta exteriorizada, es un acto que puede ser conocido por otros y puede provocar un efecto de modo tal de interferir con el mundo exterior, es decir, en el ámbito social donde ese mismo agente convive con otros hombres. Los actos interiores solo pueden ser materia del derecho en forma indirecta, y en la medida en que estén unidos con actos exteriores mandados o prohibidos, de modo tal de poder establecer, a través de manifestaciones sensibles externas, ciertos caracteres internos que afectan el acto humano exterior, verbigracia: cuando el derecho considera la premeditación como agravante del homicidio o la buena fe para conceder efectos especiales a ciertos actos.

Cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional de la República Argentina habla de las "las acciones privadas de los hombres" y las caracteriza como aquellas que "están exentas de la autoridad de los magistrados y sólo reservadas a Dios", está haciendo referencia, en primer término, a los actos humanos interiores. "Consecuentemente –enseña el gran Arturo Enrique Sampay–[26] el precitado artículo prohíbe la ingerencia del Estado en el fuero interno de los gobernados." Esto mismo lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos siguientes: "Es cierto que las acciones privadas están reservadas a Dios" pero "el precepto del artículo 19 es todavía más exacto cuando trata de las ideas que no se exteriorizan en acciones". De tal suerte que se tratase de caracterizar delitos subversivos del orden social, resulta evidente –agrega la Corte– que aquellos sólo podrían "tomar sus formas en la hipótesis de que las ideologías que los sustentan se tradujeran en hechos o en actividades".[27]

La exterioridad de la conducta justa tiene otro sentido, a saber: significa que la justicia no se satisface con la mera intención. La rectitud virtuosa de la justicia no se agota con la recta intención sino que requiere la efectiva realización de la acción justa, es decir, la entrega real y exterior de lo suyo al otro. En esto se diferencia la justicia de las otras virtudes, las cuales consisten fundamentalmente en una rectitud personal que puede ser puramente interior. En cambio, la rectitud de la justicia tiene como criterio la efectiva realización de lo justo objetivo, exterior y concreto.

3.- <u>La conducta jurídica, es una conducta social y política (alteridad)</u>:

[24] "La rectificación de las operaciones que terminan en algo exterior, pertenecen a la justicia, mientras que aquellas de estas mismas operaciones, bajo el aspecto de derivadas de las pasiones, pertenecen a las otras virtudes morales" (Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, Q. 58, a. 8).

[25] *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 10, *Respondeo*

[26] SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, pág. 32

[27] C.S.J.N., *Fallos*: 171:103

La conducta jurídica o justa es una conducta que siempre está referida a otro sujeto jurídico. Es mérito de Aristóteles haber señalado por primera vez en la historia de la Filosofía del Derecho esta determinación genérica de la conducta justa, cuando examinó el tema de la justicia en el libro V de la *Ética Nicomaquea*. Por un lado, enseña que ambas formas de justicia (tanto la legal como la particular) incluyen "referencia a otro";[28] y, por el otro, que "no es posible que alguien cometa injusticia consigo mismo".[29] Justifica ambas tesis con prolijos argumentos dialécticos que no es del caso transcribir aquí. Se utiliza la palabra "alteridad", que proviene del latín *alter* que quiere decir "otro", para significar esta referencia a otro. Es como si se dijera, con un neologismo: "otredad" y esta expresión designa una característica esencial de la justicia y de lo justo: que solo puede darse en el ámbito de las relaciones humanas intersubjetivas.

La alteridad es, por tanto, condición necesaria de la conducta justa porque esta es una acción humana libre exterior pero ordenada a otro. Quiere decir que se necesitan por lo menos dos sujetos para que haya conducta jurídica, puesto que no hay estrictamente obligación jurídica, ni conducta jurídicamente debida respecto de uno mismo sino solo frente a otro. Quedan, pues, excluidas del ámbito del derecho toda una serie de conductas humanas exteriores que, en tanto no afectan a otro no le interesan al derecho. Por ejemplo, las conductas personales que no tienen impacto real en otros sujetos: si una persona se higieniza o no se higieniza no le interesa al derecho.[30] *Robinsón Crusoe* en su isla no tenía derechos ni ponía en acto conductas jurídicas porque estaba completamente sólo. Hay innumerables actos humanos externos que no involucran a otros o que no impactan en modo alguno respecto de la buena convivencia y la armonía social. Son actos que no materia de la virtud de la justicia y que, por lo tanto, no pueden caracterizarse ni como justos ni como injustos.

En esto radica el fundamento clásico del art. 19 de nuestra Constitución Nacional en tanto establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Lo que nuestra Carta Magna establece, de conformidad con la filosofía clásica es que, tanto los actos humanos puramente interiores, como así también las acciones libres exteriores que no interfieran de ninguna manera con otro u otros no son susceptibles de ser reguladas por el derecho, ni juzgadas por los jueces. Ambos encuadran bajo la expresión "acciones privadas de los hombres" que utiliza la disposición constitucional. Antes bien, sólo los actos humanos externos que son objeto de la virtud de la justicia –es decir, actos externos que impliquen alteridad, dirigidos a otro y que impacten respecto de otro– caen caen bajo la potestad legislativa y judicial del Estado.

Desde otro punto de vista, para que haya conducta jurídica, es necesaria una marcada distinción y una completa independencia entre dos sujetos. En donde no hay verdadera alteridad, porque los sujetos comprendidos en la relación interhumana no tienen la independencia y la diferenciación señalada, no hay verdadero derecho. Esta es, por ejemplo, la situación entre cónyuges o entre hermanos o entre padre e hijo, no hay derecho en sentido estricto precisamente porque no hay estricta alteridad.

La conducta jurídica está dirigida a otro y es en ese sentido que se habla de *alteridad* como nota genérica del derecho; pero no es cualquier alteridad sino que se trata, específicamente, de la alteridad que se verifica en la vida social; la conducta jurídica es, por lo tanto, conducta *social*. En virtud de su naturaleza social, el hombre nunca está solo (Aristóteles decía que el hombre que vive en soledad o es un bruto o es un semi-dios) y toda vida social civilizada imaginable exige el Derecho como su estructura formal de orden. La vida social implica dos notas: (i) *interacción*: es la acción que se realiza a la espera de una respuesta del otro, quien, a su vez, responde con su propia conducta dando lugar a conductas entrelazadas interactivamente. Las dos acciones están recíprocamente motivadas de manera tal que una es la causa o el motivo de la otra y viceversa. El ejemplo típico es el intercambio de bienes instrumentado por medio de un contrato bilateral: uno de los sujetos entrega una cosa porque tiene la expectativa legítima de recibir del otro algo a cambio y a la espera de que ese otro efectivamente lo haga; y éste último entrega el precio o lo que

[28] *Ética Nicomaquea*, Libro V, 4, 1130 b 1.

[29] *Op. cit*., Libro V, 15, 1138, a 15.

[30] A menos que higienizarse las manos sea una obligación o cuidado diligente que a ese sujeto le corresponde por su profesión, como en el caso del médico que se dispone a realizar una intervención quirúrgica.

fuere porque el primero le dio la cosa; y (ii) *comunidad*: la segunda nota constitutiva de la vida social es la comunidad. La vida en sociedad es vida comunitaria, es decir, se realiza en el ámbito de una comunidad: una totalidad de hombres que realizan una vida en común. La vida comunitaria se caracteriza por una cierta influencia, presión o determinación de lo comunitario sobre cada conducta de los integrantes de la comunidad. Un ejemplo típico de una acción comunitaria, es decir, una acción que es fruto de la presión de la comunidad es el lenguaje que se habla en un ámbito determinado. Otros ejemplos de presión comunitaria son la tradición y los usos y costumbres. Esta fuerza eficaz que la comunidad ejerce sobre cada conducta individual se llama *vigencia social.* Recapitulando: la conducta jurídica es conducta social, es decir, conducta interactiva y comunitaria.

Más aún, la conducta jurídica no es tan sólo conducta dirigida a otro, interactiva, social sino que es también conducta *política*, es la conducta intersubjetiva que se verifica en el seno y dentro de la comunidad política, porque la situación normal y habitual del hombre consiste en vivir en una sociedad política. Y es allí donde derecho alcanza todo su desarrollo pues habrá diferencias entre las partes de la comunidad, relaciones jurídicas entre ellas; leyes que las regulan como normas o modelos, los jueces, la coercibilidad o efectiva coacción ejercida en nombre de la sociedad política, etcétera.

Hay que tener en cuenta que el *otro* al que se dirige la conducta justa puede ser un particular, es decir, una persona física individual o una persona de existencia ideal –empresa, corporación, sociedad infrapolítica– que forma parte de la comunidad política y, en este caso, estamos ante las llamadas relaciones de coordinación o cooperación de los miembros del cuerpo social que interactúan entre sí, que son reguladas por el Derecho Privado; o bien el *otro* al que se dirige la conducta jurídica puede ser el todo social en su conjunto, es decir, el Estado, en cuyo caso, pueden darse las relaciones de integración o, con mayor frecuencia, las relaciones de subordinación que son materia del Derecho Público. Sin embargo, aún en las relaciones entre particulares, típicas del Derecho Privado, el Estado es un *otro otro*, por así decirlo, esto es: es un *otro* mediato que también está interesado en la realización del derecho. Conviene detenerse en esto último.

En el caso de las relaciones jurídicas entre individuos típicas del Derecho Privado podría parecer, a simple vista, que son exclusivamente privadas y sólo interindividuales. Sin embargo, las conductas jurídicas entre dos sujetos particulares *siempre*, es decir, en todos los casos, implican una referencia o otro sujeto –un segundo *otro* o un *otro otro*, como decía Guido Soaje Ramos– que es el Estado como comunidad política. La conducta jurídica siempre se da en el marco de la comunidad política, es decir, dentro del Estado. Por lo tanto, no se puede desvincular a las conductas jurídicas de esa relación con el Estado. Además, el Estado nace para asegurar el derecho, es el garante del derecho. Y, a su vez, el fin del derecho es el bien común del Estado, es decir, la perfección de la vida social y política. Podemos ilustrar esta politicidad propia del derecho a través de un ejemplo: una persona vende a otra un inmueble. Se celebra un contrato de compraventa que, en principio, implica obligaciones recíprocas para el comprador y el vendedor. Pero también está allí presente el Estado exigiendo que la transferencia del inmueble se instrumente por medio de una escritura pública y que se le de publicidad hacia terceros a través de la pertinente inscripción en el Registro Público de la propiedad inmueble. Aparece, entonces, ese "otro otro" con exigencias que hacen al bien de la comunidad toda y no sólo al de los sujetos particulares de la compraventa inmobiliaria.

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que la conducta jurídica materialmente es *conducta humana, exterior, dirigida o referida a otro sujeto jurídico en el marco de la sociedad política*. El conjunto de estas tres notas (humanidad, exterioridad y alteridad-socialidad-políticidad) constituyen el *género remoto del derecho*. El género próximo del derecho es la obligatoriedad que es una característica propia de la moral en general y que abarca al derecho, en tanto que éste forma parte de la moral.

4.- <u>La conducta jurídica, es una conducta obligatoria (obligatoriedad)</u>.

La conducta justa o jurídica es debida u obligatoria, usando estas dos palabras como sinónimos. La obligatoriedad es una nota común al derecho y a la moral, aunque las obligaciones morales son más exigentes porque abarcan no sólo la conducta exterior del hombre sino también la interior y, además, incluyen muchas más cosas que el derecho. En efecto, las virtudes morales fundamentales como, por ejemplo, la fortaleza y la templanza, imponen deberes al hombre, pero son obligaciones que tienen como finalidad la bondad moral del sujeto, la formación de su mundo interior y, en última instancia, el perfeccionamiento de su propia naturaleza específica que es donde reside la felicidad.[31] La obligatoriedad jurídica abarca solamente una parte de los débitos morales, a saber: aquellos comprendidos y regulados por la virtud de la justicia, es decir, acciones humanas libres exteriores en la medida en que son exigibles en razón del bien común.

Para aclarar el significado de esta determinación de la conducta justa, comenzaremos por el análisis de la palabra "obligación" y de la familia lingüística a la que pertenece (que incluye el adjetivo "obligatorio/a", el verbo "obligar", el sustantivo "obligatoriedad").

La palabra obligación procede de la palabra latina *obligare* y ésta se compone de dos partes:

(i) *Ligare*, que significa "atar", "anudar", "enlazar", "vincular", etc.

(ii) *Ob:* es la misma “Ob” que está en objeto. Está siempre suponiendo una segunda cosa que está delante con relación a la primera y que es la que "liga" o "traba".

La etimología de obligación viene a coincidir, y esto no es casual, con el concepto de obligación elaborado por los juristas romanos:

> *juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.

La traducción castellana sería la siguiente: "vínculo jurídico por el cual somos constreñidos (como) por la necesidad de pagar alguna cosa según el derecho de nuestra ciudad". La obligación es un cierto "vínculo", es decir, algo que nos "ata". Estar obligado es, por tanto, estar "atado", o, de algún modo, "ligado". Las consecuencias de estar "atado" o "ligado" son las de no poder hacer algo. Los juristas romanos utilizan la palabra "vinculo" en su formulación técnica del concepto de obligación para expresar, precisamente, esa cierta restricción de la libertad que es propia de toda obligación.

La obligación es, por lo tanto, una cierta *ligazón*, es decir, algo que traba o constriñe, al modo de una atadura, la libertad del agente; o, dicho con una expresión más precisa: una cierta forma de necesidad. La *necesidad* envuelve la idea de algo que es inevitable, de algo que no puede ser de otra manera de cómo es. Lo *necesario* es “aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir”, según el Diccionario de la Real Academia Española.[32] Lo opuesto a la necesidad es la *contingencia* y lo opuesto a lo necesario es lo *contingente*. ¿Qué es lo contingente? Lo contingente es aquello que puede ser o no ser; suceder o no suceder; o bien aquello, que de ocurrir, puede ser de un modo o de otro. Y la contingencia –hablando en abstracto– es la posibilidad de que algo suceda o no suceda, sea

[31] RAMIREZ, J.A., *De Hominis Beatitudine*, T. I, Salamanca, 1942; T. II, Madrid, 1943; T. III, Madrid, 1947.

[32] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, voz “necesidad”, acepción número 2.

o no sea, ocurra o no ocurra, o bien, en caso de suceder puede ser de una determinada manera o de otra.

Hay distintos tipos de necesidad. En primer lugar, está *la necesidad física* que hace que ciertas cosas no puedan acontecer ni ocurrir de otra manera por su propia naturaleza física. Por ejemplo: el agua, supuestas determinadas condiciones de presión, altura sobre el nivel del mar, etc., necesariamente hierve a los 100 grados centígrados. O bien: un cuerpo privado de base de sustentación necesariamente cae. En ambos casos se trata de una necesidad física, es decir, de un nexo que vincula con necesidad un antecedente real (físico) y un consecuente real (físico), que en el primer ejemplo son, respectivamente: la calefacción y la ebullición a 100 grados.

Un segundo tipo de necesidad es la *necesidad lógica*. Se dice que una proposición es necesaria –con necesidad lógica– cuando su contradictoria es inconcebible. Valga como ejemplo la fórmula del principio de no contradicción: nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido. O, recurriendo a un ejemplo de principio que da Santo Tomás: el todo es mayor que la parte. Esto es lógicamente necesario. Cabe agregar que esta misma necesidad lógica es la que liga la conclusión de un silogismo categórico correcto a sus premisas. En este sentido, se dice que la conclusión se sigue *necesariamente* de las premisas.

Y hay un tercer tipo de necesidad, que es el que nos interesa principalmente, que podríamos llamar *necesidad deóntica* o necesidad moral. Conviene aludir, ante todo, a la etimología del adjetivo "deóntica" que usamos para calificar esta clase de necesidad. La palabra "deóntica" proviene del verbo griego *dein* que significa ser necesario, ser preciso, ser menester y también ser obligatorio o debido. El participio presente del mencionado verbo griego es *deon* que significa lo que es necesario o lo que se necesita, lo que es menester, lo que se debe. De *deon* deriva como su genitivo *deontos* y, a su vez, de esta palabra griega procede el adjetivo "deóntico/a" en español. Por ello, el adjetivo "deóntico" hace referencia a todo lo relativo o mentado de algún modo por "*deon*". Y uno de esos calificativos es el que aparece en la expresión *necesidad deóntica*.

La necesidad deóntica es un tipo especial de necesidad: una necesidad práctico-moral que liga o vincula a un sujeto jurídico (el obligado) con una conducta humana (la conducta obligatoria; que además es una conducta referida a otro) para la obtención de un fin que también es necesario. Ejemplos de necesidad deóntica son los siguientes: decimos que "el locatario está obligado a pagar el canon locativo" o también "el depositario está obligado restituir la cosa que le fue entregada en depósito".

La obligación es una necesidad muy peculiar, es una cierta necesidad de fin. Una necesidad de fin presupone, necesariamente, medios contingentes (tal como hemos visto: *contingente* es lo contrario de *necesario*, contingente es lo que pude acontecer o no, suceder o no, en suma: lo que puede ser o no ser; y, a su vez, puede ser de un modo o de otro). La obligación es *una necesidad que liga –constriñe, ata, vincula– a un acto humano voluntario, es decir, un acto libre* y, en la medida en que es libre, es un acto contingente, pues la libertad del hombre hace que ese acto pueda realizarse o no realizarse. Aquí tenemos un primer elemento característico de la obligación: la obligación es una necesidad que presupone la libertad psicológica del sujeto obligado como raíz de la contingencia que la afecta. Se trata de una necesidad que, por lo tanto, puede ser violada porque supone la contingencia de la libertad del agente. Más aún, no puede haber obligación sin libertad, es decir, sin la contingencia que deriva de la libertad del hombre de someterse a la obligación o desobedecerla. La obligación presupone la libertad del agente pues solo puede hacerse eficaz si éste acepta obedecerla libremente.

Ahora bien, ¿en qué sentido decimos que esa conducta, libre y contingente, es *necesaria*? En efecto, hemos dicho que la obligación es una cierta ligazón, un vínculo o atadura que restringe esa libertad ¿qué clase de atadura viene a condicionar esa libertad? Decimos que la conducta es obligatoria para significar que *es necesaria si se quiere obtener un determinado fin*. Demos un ejemplo de necesidad de fin: decimos que "el hombre necesita del agua para vivir". En esta afirmación, "el agua" aparece como un medio necesario para obtener un fin, que consiste en subsistir y conservar la vida. El hombre necesita beber agua (medio) para vivir (fin). Se trata de una necesidad de fin, y no de una necesidad física o de cualquier otro tipo, porque el hecho de necesitar el agua no implica que el hombre tenga asegurado beber agua o que efectivamente lo haga. En este caso, la necesidad de agua no es una necesidad física como, por ejemplo, la necesidad propia de la ley de gravedad (todo lo que se eleva necesariamente tiene que caer). Estamos ante una necesidad de fin: es la necesidad que vincula un medio contingente con un fin, esto es: si el hombre quiere vivir (fin), entonces necesariamente deberá procurarse agua y deberá consumirla en las proporciones adecuadas (medio). De lo contrario, morirá de sed. Por lo tanto, la conducta consistente en beber agua es una conducta *obligatoria* –necesidad de fin– para conservar la vida.

La obligación es un caso de necesidad de fin. Es la necesidad que vincula a un medio con relación a un fin. Pero no toda necesidad de fin es obligatoria; para que haya obligación la necesidad de fin tiene que ser *categórica*. Una necesidad es *hipotética* cuando el medio sólo es necesario para obtener un fin contingente. Por ejemplo: quiero viajar a Roma, es necesario tomar un avión para viajar a Roma, pero el fin no es en sí mismo necesario, porque puedo viajar o no viajar a Roma. En cambio, hay fines que son incondicionalmente necesarios, es decir, necesarios con necesidad *categórica*, pues no puedo quererlos o no quererlos. La felicidad, tener buena salud, conservar la propia vida, el bien común político entendido como la perfección de la vida social, es decir, la vida social armónica, plena y autosuficiente, no son fines que el hombre pueda querer o no querer, es decir, no son fines contingentes sino que son fines necesarios que se llaman *categóricos*, porque son fines naturales. Todo hombre quiere necesariamente conservar la vida, vivir en sociedad, ser feliz, porque estos fines están ínsitos en la naturaleza humana y, en tanto que emanan de la propia naturaleza del hombre, no están disponibles sino que son fines que el hombre quiere y busca necesariamente. Por lo tanto, los actos voluntarios que constituyen medios respecto de estos fines, son obligatorios en la medida en que guardan una relación necesaria con esos fines. La obligación es una necesidad que sustrae en alguna medida del libre arbitrio del sujeto obligado determinadas conductas, convirtiéndolas en conductas debidas, es decir, exigidas racionalmente en pos de obtener un fin no disponible tal como, por ejemplo, la convivencia social armónica y perfecta que la filosofía clásica llama bien común político.

Ahora, estamos en condiciones de definir la obligación con todos sus elementos: la obligación es *una necesidad que vincula a un medio contingente –la conducta humana libre– con un fin naturalmente necesario*.

Ahora bien, dar a cada uno lo suyo, respetar el derecho y obrar conforme a las normas que ordenan la convivencia social son conductas –libres y, por lo tanto, contingentes– cuya realización resulta *necesaria* para la obtención de ciertos fines que son, a su vez, incondicionalmente necesarios: la obtención de cierta armonía u orden social, la paz, la convivencia pacífica, la misma subsistencia de la sociedad política, en última instancia el fin necesario por antonomasia es la perfección de la vida social en la que consiste el bien común. A su vez, la perfección de la vida social o el bien común son necesarios porque la vida en sociedad está en el orden de los fines naturales del hombre, es decir, constituye cauce necesario e indispensable para el desarrollo y perfección de al persona humana. Habida cuenta de que la conducta justa en general es necesaria para la obtención de un fin social que también es necesario, como lo es el bien común, entonces el Estado (el legislador) hace externamente obligatorios y potencialmente coercitivos a esas conductas. Para ello, utiliza la norma jurídica de alcance general, es decir, la ley que es la fuente inmediata de esa obligatoriedad jurídica, es decir, la ordenación racional de la conducta al bien común. Cuando el individuo no cumple con su obligación jurídica, es decir, con su débito legal, la necesidad de que se cumpla con esas conductas debidas se manifiesta por la reacción de la sociedad que impone el orden de la justicia incluso por medio de la fuerza. Dicho de otro modo: en la eventualidad de que la conducta jurídica obligatoria sea incumplida, el Estado utiliza la coacción para hacer efectiva esa obligación.

7.- La diferencia específica de la conducta jurídica: la objetividad.

Genéricamente, la conducta jurídica es una conducta humana, que se exterioriza, que está dirigida a otro sujeto jurídico y que es obligatoria. Sin embargo, esto es común a la moral y al derecho, pues hay muchas y diversas formas de actuar obligatorias, interactivas, dentro del ámbito de la moral. La diferencia específica de la conducta jurídica que la distingue de la conducta moral es la "objetividad" que cabe entender, en sentido lato, como la nota del derecho que lo desvincula de toda adherencia subjetiva.

La conducta jurídica es aquella conducta exterior, obligatoria, que tiene un objeto terminativo delimitado en forma estricta y objetiva; objeto que consiste, en definitiva, en darle al otro lo igual a lo que el otro merece o lo igual a lo que tiene derecho (ahora utlizando la palabra "derecho" en la acepción de derecho subjetivo). La conducta es debida u obligatoria según una medida, común a los títulos del obligado y del titular del derecho subjetivo de reclamación. En la conducta justa lo debido es *lo igual*, en el sentido de que realiza una igualdad *de conformidad con una medida estricta y objetiva que establece cuál es el resultado de esa conducta*. Esa medida de rigurosa igualdad se establece de conformidad con dos pautas objetivas, a saber:

(i) de una parte, de acuerdo con la medida de dos títulos correlativos: el título de *el que debe* y el título contrapuesto de *aquel a quien se le debe.* En efecto, la conducta jurídica del obligado es objetiva en tanto debe adecuarse, o ajustarse, al otro, en razón de su título.

(ii) la igualdad de lo debido en justicia debe ajustarse estrictamente a la medida de la norma jurídica que establece bajo forma de modelo imperativo abstracto tanto la medida del titulo del obligado como la medida del titulo de aquel otro que tiene el poder de reclamar lo debido.

Esto quiere decir que la conducta jurídicamente obligatoria excluye totalmente toda influencia o determinación subjetiva. En efecto, no se determina en función de los sujetos involucrados en la relación de justicia; aquí no cuenta la intención virtuosa perfecta del obligado, es decir, si tiene verdadera intención de satisfacer lo debido guiado por el fin altruista de hacerle el bien al otro (intención virtuosa) o si, en verdad, lo hace por temor al castigo (intención moralmente reprochable). Es decir, el derecho prescinde y deja de lado el *objeto motivo* de la acción, entendiendo por tal expresión los móviles que en definitiva puedan guiar la conducta del agente (egoísmo, venganza, amor propio, honor, despecho, altruismo, resentimiento, odio, temor a la sanción, rectitud moral subjetiva, etc.). Basta lo que podríamos llamar la *intención objetiva* imprescindible para que haya una conducta voluntaria externa que se ajuste al título del otro y al débito establecido por el modelo legal. Por eso, Santo Tomás aclara –en *Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 1, *respondeo*– que el derecho –el objeto en el que termina la conducta exterior justa– es susceptible de ser disociado de la completa y auténtica virtud de la justicia, pues basta que el término de la conducta se ajuste al título del otro y a la ley. Es decir: puede haber un acto exterior, terminado y ejecutado, cuyo resultado es objetivamente justo, sin haber sido hecho con intención virtuosa de obrar con justicia. Puede haber rectitud objetiva y real determinada por la igualdad entre las cosas o las personas, sin que exista rectitud subjetiva del agente. O, incluso, puede lograrse ese mismo resultado o cuasi efecto del acto justo, la "cosa justa" de la que habla Santo Tomás, a través de un tercero: por ejemplo, en el caso, admitido por todo el derecho occidental, del pago de una deuda por un tercero. Porque, "*lo recto en el acto de justicia, aun hecha abstracción del agente, se constituye en atención a otro sujeto* [en sentido estricto: en relación a su título], *puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según igualdad corresponde a otro: por ejemplo, la remuneración debida por un servicio prestado*."[33]

[33] *Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 1, c.

Tampoco cuentan –principalmente en una relación sinalagmática propia de la justicia conmutativa– las circunstancias y condiciones singulares de los sujetos involucrados (si son ricos o pobres, delincuentes o probos, jóvenes o ancianos, cultos o ignorantes, fuertes o débiles, doctos o iletrados, varones o mujeres, nacionales o extranjeros, etcétera). Por el contrario, la objetividad de la conducta justa consiste en esa doble referencia, adecuación o ajuste a dos pautas o parámetros objetivos, a saber: 1º) la medida de igualdad estricta –que es común a ambos– de los títulos del obligado y del facultado a reclamar, medida intrínseca que es la que surge de la adecuación entre los respectivos objetos –idénticos– del deber y del poder, o entre el objeto derivado del título de uno y la conducta del otro; y 2º) la medida racional y ejemplar; y, por tanto, extrínseca, establecida por la norma jurídica intersubjetiva.

Surgen así dos nociones fundamentales para explicar adecuadamente el fenómeno jurídico: la noción de *título*[34] y la de *medida* de la conducta justa. Entendemos por *título* una cierta cualidad o investidura[35] en virtud de la cual alguien ocupa una posición relativa en una relación de justicia. Dicha investidura puede tener su causa en un hecho natural –por ejemplo, la consanguinidad que genera el título de heredero–,[36] o en un hecho anterior –en virtud de la compra de una cosa, alguien adquiere el título de dueño de titular del dominio–. A la vez, en todos los casos, el título tiene su fuente en una ley que, al definir las conductas preceptuadas, permitidas o prohibidas, define a la vez los sujetos relativos de esos comportamientos.[37]

Las partes de la relación de justicia tienen un título en virtud del cual ocupan su posición en la relación establecida entre ellas; cada título es, necesariamente, *opuesto* y *correlativo* al del otro. Los títulos son *opuestos* porque uno es de signo positivo –suele llamarse título de mérito– y el otro de signo negativo –título de merecimiento negativo o de demérito–. Los títulos son *correlativos*, porque guardan una relación de necesaria complementación entre sí, de tal suerte que no puede existir uno sin el otro. Un título no es más que el revés del otro y este otro le hace tanta falta para existir, como la luz y el cuerpo a la sombra. A su vez, los títulos son, respectivamente, fundamentos de un *deber de conducta* –el título negativo, de demérito o de débito– de un lado y de un *poder jurídico* –el título de signo positivo, de mérito o de acreencia– del otro.

Vayan alguno ejemplos para probarlo: supongamos el caso de una persona a quien un juez cita para declarar como testigo en un juicio sin que medie razón alguna para que no pueda ser citado. La conducta justa –conducta humana exterior, dirigida a otro, obligatoria y objetiva– que debe cumplir el testigo consiste en comparecer ante el órgano jurisdiccional y

---

[34] Dice Héctor HERNÁNDEZ que "se puede advertir un "vació" respecto del tema del título jurídico en los estudios iusfilosóficos o de "teoría general". Quizás ello se deba al influjo de posiciones un tanto racionalistas o normativistas, que tienden a reducir el derecho a la norma jurídica, incluso a veces entendida como una mera "cosa lógica" o mental, y no como constitutiva, intencional e imperativamente referida a las conductas jurídicas" (en *Derecho subjetivo. Derechos Humanos. Doctrina solidarista*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 93).

[35] Teófilo URDANOZ habla de *propiedad* (en la edición bilingüe de la *Suma Teológica* de la B.A.C., tomo VIII, Madrid, 1956). Y TOMAS DE AQUINO, al considerar el tema cuando se ocupa de la acepción de personas, utiliza la palabra *dignidad* (*Suma Teológica*, II-II, q. 63, a. 1).

[36] SANTO TOMÁS DE AQUINO pone este ejemplo: "una cualidad de la persona hace digna a ésta respecto de una cosa y no respecto de otra, como la consanguinidad hace a uno digno de que se le instituya heredero del patrimonio" (*Suma Teológica*, *ibidem*).

[37] Reproduzco casi textualmente la caracterización de los títulos que hace LAMAS en *La experiencia jurídica*, pág. 344/345. Hago notar que hay quienes entienden la noción de *título* en sentido no del todo coincidente. Verbigracia, Regis JOLIVET lo define como "hecho contingente en virtud del cual tal derecho determinado pertenece a tal persona" (*Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Club de lectores, 1978, pág. 178). Según Javier HERVADA "el título es aquello en lo que tiene su origen el derecho, esto es, lo que origina -la fuente- el dominio del sujeto sobre la cosa" (*Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona EUNSA, 1981, pág. 48). Lo que estos autores consideran que es *título*, a mi modo de ver y siguiendo a LAMAS, es *la causa* del título. Entiendo por *título* a una cierta cualidad, atributo, o investidura que le es otorgada, conferida o atribuida a un sujeto -en última instancia- por la ley y en virtud de la cual algo le es debido. Esta noción de título es compatible o puede considerarse implícita en la doctrina de TOMAS DE AQUINO de la *Suma Teológica*, II-II, q. 63, a 1, si bien el Santo Doctor, como fuera dicho, utiliza los términos "dignidad", "propiedad" o "cualidad".

declarar con veracidad sobre lo que se lo interrogue. Es conducta humana, exterior, y está dirigida a "otro" que es el juez, quien tiene un título válido para citar al testigo y para exigirle que diga la verdad de cuanto sabe. Adviértase que si esa misma persona hubiera sido citada a prestar declaración por un particular para que declare ante él como testigo, comenzará por no reconocerse obligado jurídicamente a concurrir ante esa citación porque quien la formula carece de título para citarlo y para interrogarlo. Por otra parte, si el Juez le dice al testigo que le lustre los zapatos o que le haga de chofer, tampoco el testigo estará obligado a hacerlo porque no hay congruencia o adecuación o ajuste respecto del otro sobre la base de su título (de Juez) ni tampoco hay ajuste respecto de una norma jurídica que le imponga ese debito. Esa conducta no se ajusta ni al título del otro ni a norma jurídica alguna. Ambos aspectos, integran la objetividad de la conducta jurídica: por un lado, el ajuste al modelo normativo y, por el otro, el ajuste o congruencia respecto del otro en razón de su título.

Podríamos dar otros ejemplos: el título de acreedor en virtud del cual alguien puede reclamar el pago de una deuda, se contrapone al título de deudor, según el cual hay otra persona que está obligada a satisfacer el pago; en el extremo opuesto al título de heredero encontramos el de testador o causante; el de padre es correlativamente opuesto al de hijo; el de marido al de esposa; el de juez al del reo; el de patrón al de empleado; y la lista de ejemplos podría continuar.

Pero además de opuestos y correlativos, los títulos son *objetivamente idénticos* en el sentido de que tienen el mismo objeto y, por lo tanto, el mismo contenido y la misma *medida*. Por *medida* de los títulos y, correlativamente, del poder y del deber, entendemos la delimitación precisa de la cosa justa, de lo debido y de lo exigible. Consiste en: a) la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporal): su cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc.; b) de qué modo la cosa es de su titular: como propietario, arrendatario, usuario o administrador, etc.; d) facultades jurídicas que le corresponden; etc.

Por eso la conducta justa es aquella que realiza la igualdad propia de la justicia, porque lo que uno debe es *lo mismo o lo igual* a lo que el otro merece. Algo es justo cuando guarda una relación de igualdad –de conmensuración o adecuación dirá Tomás de Aquino– entre lo que uno debe y lo que el otro merece, o entre lo que uno esta obligado a dar y aquello que la contraparte en la relación jurídica tiene mérito para recibir (o poder de exigir o derecho subjetivo de reclamar). Cuando se dice que lo justo es *lo igual*, se está diciendo que *lo que se da* debe ser exactamente igual a *lo que se adeuda*, que, a su vez, está determinado por la medida del derecho subjetivo del otro. Conducta debida y conducta exigible son las dos caras de una misma cosa, al modo en que lo cóncavo se corresponde exactamente a lo convexo. En rigor, son dos puntos de vista respecto de una misma cosa real, concreta y objetiva: *la ipsa res iusta*, solo que cada uno de estos aspectos responde a la consideración de la misma cosa justa desde dos perspectivas relativamente opuestas.

8.- <u>Las propiedades del Derecho.</u>

Una propiedad es una cualidad necesaria que emana de la esencia específica de algo. Aristóteles la define como "lo que sin expresar la esencia de la cosa pertenece a esta cosa sola y puede reciprocarse con ella"[38] y lo aclara con el siguiente ejemplo: "si A es un hombre es capaz de aprender gramática; si es capaz de aprender la gramática, A es un hombre". La propiedad, por lo tanto, es una cualidad que pertenece necesariamente a una especie de cosas porque deriva de su constitutivo esencial, y, por lo mismo, caracteriza a esa clase de cosas y permite reconocerlas o distinguirlas. Es, asimismo, una nota empírica por medio de la cual es posible comprender la esencia de algo.

Las propiedades del Derecho se dividen en genéricas y específicas.

1.- <u>Propiedades genéricas</u>:

[38] *Topicos*, I, 5 102 a, 18-30.

1.1.- Humanidad: El derecho es algo humano. Es evidente que el derecho es algo del hombre. En efecto, el derecho es una realidad accidental y, como todo accidente, radica en una sustancia que le hace las veces de soporte ontológico: es conducta humana –libre, exterior, social, obligatoria–, es decir, es un accidente del hombre en cuanto agente libre y responsable. Por lo tanto, el Derecho procede del hombre y a él se refiere. De ahí que la naturaleza humana que se expresa en la clásica definición de Aristóteles de hombre: "animal racional", constituya un principio de validez del derecho. El principio del valor del derecho está dado por la naturaleza humana en cuanto esta es orden a fines. La naturaleza humana es principio de la rectitud de la conducta humana y, concretamente, la rectitud moral de la conducta humana, la bondad o maldad moral se mide por relación a los fines naturales del hombre. La conducta humana moral y jurídicamente válida y valiosa es aquella se que se ajusta, se dirige y se ordena a los fines naturales del hombre. De la humanidad se deriva la división del Derecho en natural y positivo.

1.2.- Racionalidad: El hombre es un animal racional. La racionalidad integra la diferencia específica del hombre. El derecho es un fenómeno propio del orden racional de las relaciones humanas: es fruto del carácter racional del hombre y de las relaciones interhumanas, que son relaciones imbuidas de racionalidad.

El mundo irracional se organiza como un juego de fuerzas físicas, biológica e instintivas. Y ello es así porque los seres que lo componen no son racionales ni tienen condición de personas. El animal asentado en un territorio es expulsado por otro más fuerte, su caza le es arrebatada y sobre todo él puede ser muerto o incluso servir de alimento a otro, porque el depredador y el depredado no son más que elementos de un conjunto que se mueve por un juego de fuerzas. En el universo humano, al contrario, la razón sustituye la fuerza porque es un universo de personas, es decir, de agentes libres y voluntarios. Donde hay libertad, no hay fuerza sino, en su caso, obligación, que es algo propio del ser racional. Lo que rige las relaciones entre los hombres, por lo tanto, no es la fuerza sino un cierto orden que es producto de la razón (que es lo que, propiamente, llamamos, en sentido general, ley). Antes bien, cuando la fuerza reemplaza al orden de la razón, ataca la índole personal del hombre pues lo sitúa al nivel de los animales; por eso, entraña injusticia. La fuerza o prepotencia sin derecho es un hecho de violencia, es injusticia.

La racionalidad, en cuanto propiedad del Derecho, se manifiesta primordialmente en las leyes. La ley no es otra cosa que un dictamen de la razón y, en cuanto tal, se expresa a través de signos propios de la comunicación entre seres humanos: conceptos, palabras, proposiciones, etc. Por lo tanto, la norma jurídica exige indispensablemente ser expresada en términos que resulten susceptibles de ser comprendidos por seres dotados de razón: en lenguaje natural humano; respetando las reglas elementales de la lógica, es decir, mediante un discurso coherente y dotado de sentido. Todo eso hace a la racionalidad propia del Derecho. Pero no sólo la estructura lógico-gramatical de las normas jurídicas, en general, debe ajustarse a los cánones racionales, sino también su contenido material. La arbitrariedad, el capricho, la imposición antojadiza e injustificada es también antijurídica por irracional. Una norma jurídica cualquiera –una ley, una sentencia judicial– es arbitraria cuando obedece a un simple y antojadizo "porque sí", cuando no responde a un criterio general aplicado en situaciones semejantes sino a la voluntad arbitraria de su autor. Y, en ese caso, su falta de justificación racional la torna invalida.

En suma: la racionalidad es una propiedad del Derecho y opera como un criterio general de validez de este.

1.3.- Historicidad: El hombre es un animal histórico. La historia es el obrar libre de los hombres que viven en sociedad, a lo largo del tiempo; o bien el resultado de ese obrar que determina las condiciones y posibilidades de la vida presente. Los hechos que llamamos *históricos* son ciertos hechos humanos acontecidos en el pasado pero no todos sino

solamente algunos especialmente importantes, los cuales no desaparecen por completo en el pasado sino que perduran de algún modo, prolongando su acción y su influencia en el futuro. El pasado desconectado del presente es pura nada. El pasado es pasado no porque pasó, sino porque perdura incorporado de una manera virtual en el presente. El *hecho histórico* no es puramente pasado sino también de algún modo actual en cuanto hace posible nuestro presente y el presente es el conjunto de posibilidades reales y actuales que le han sido conferidas por el pasado. "La historia –enseña Xavier Zubiri– no es un simple hacer, ni es tampoco un estar pudiendo: es, en rigor, hacer un poder".[39] Recapitulando y para concluir: la historia no es sólo lo que el hombre ha hecho o pensado en el pasado, *la historia es el resultado de las acciones humanas realizadas en el pasado que de alguna manera perduran y proyectan su influencia sobre la posteridad e impactan en el presente, alterando y modificando el conjunto de posibilidades actuales.*

Es evidente que el derecho es algo histórico, porque es algo que hace el hombre en su vida a lo largo del tiempo y se transmite en la sucesión de generaciones humanas. Y, siguiendo a Zubiri, porque esa tradición histórica constituye el marco –específicamente jurídico– respecto de las posibilidades presentes de todo grupo social. El Derecho es un fenómeno no tan sólo histórico sino tradicional, en la medida en que es, en sí mismo considerado, un cierto patrimonio intelectual que se transmite de generación en generación.

1.4.- Legalidad: No es una propiedad exclusiva del derecho porque también corresponde a la moral. La justicia legal no es sólo la razón formal del derecho porque la justicia legal es más amplia, ya que abarca no tan sólo el derecho sino también la política y la moralidad, en tanto está en relación con otro. Por eso incluye dentro de sí a la justicia particular y a las otras virtudes. Lo justo como lo igual (el derecho) está dentro de lo justo legal.

2.- Propiedades específicas:

2.1.- Sociabilidad y politicidad: La alteridad (referencia a "otro") y la exterioridad (en cuanto trasciende la mera interioridad humana) de la conducta jurídica se subsumen en el carácter social del Derecho expresado en el famoso aforismo clásico: *ubi societas, ibi ius* – donde hay sociedad hay derecho–. Hay una conexión intrínseca entre la vida en sociedad y el derecho porque no es siquiera imaginable una convivencia humana que no este organizada por medio de cierto orden jurídico. Tal como decía Legaz y Lacambra, el derecho es cierta *forma* de la vida social, y en esta definición la palabra *forma* la podemos entender como orden, estructura, disposición conveniente de las diversas partes entre sí y en relación al todo social; empero, el derecho en cuanto *forma* es estructura respecto de una *materia* que es la vida social. En efecto, lo social constituye la materia del Derecho y en esa medida todo los elementos del mundo jurídico son, a la vez, fenómenos sociales. Ahora bien, como la perfecta alteridad –que realiza a la vez un mínimo de concordia social– sólo se verifica en el ámbito del Estado o de la comunidad inter-estatal o internacional, el Derecho "perfecto" es también algo político. La politicidad, en cuanto propiedad del Derecho, significa que el Estado o la comunidad internacional constituyen el ámbito social propio del Derecho "perfecto" y que éste está ordenado al bien común político o al bien común internacional. Cabe aclarar que la politicidad no es exclusiva del derecho. La politicidad que especifica la propiedad del derecho es la objetiva.

2.2.- Validez. El Derecho no es tan sólo un mero hecho social. Es un fenómeno social que guarda una relación constitutiva con la justicia. Esto es lo quiere decirse cuando se afirma que el Derecho es lo justo. Todo Derecho realiza en alguna medida el valor de la justicia en la sociedad; todo Derecho constituye la realización y la vigencia efectiva de un mínimo de justicia o, al menos, de un punto de vista factible históricamente acerca de la justicia y, en esa medida, es valido. Un "Derecho" invalido sería un Derecho injusto, es decir, una

[39] ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, historia, Dios*, Madrid, 6ta edición, 1974, págs.. 330-331.

contradicción en los términos, o, mejor dicho, no sería Derecho. A lo sumo será un hecho social de fuerza pero no verdadero Derecho.

2.3.- Vigencia. Pero, además, el derecho tiene vigencia, entendiendo por vigencia la fuerza o el arraigo del Derecho en la vida social que hace que el derecho exista como conducta social real y efectiva. "Derecho vigente" equivale a decir "Derecho que existe en la vida social". La vigencia jurídica, en cuanto propiedad del Derecho, por lo tanto, es la existencia social de la validez jurídica. La vigencia exige y requiere un mínimo de cumplimiento efectivo de las conductas jurídicas por parte de los miembros de la comunidad. La manifestación ordinaria y más clara de la vigencia jurídica es la costumbre.

2.4.- Coercibilidad. El Derecho es coercible, pero la coercibilidad no es lo mismo que la coacción. La *coercibilidad* del Derecho implica la posibilidad de recurrir a la coacción como ultimo recurso para tornar vigente el orden jurídico frente al incumplimiento de una obligación jurídica; y la *coacción* es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "la fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo". La coacción jurídica es esa violencia que se ejerce contra la voluntad de alguien para imponer el cumplimiento forzoso de una conducta jurídicamente obligatoria que el coaccionado no ha querido realizar voluntariamente. Toda coacción implica una cierta necesidad física que se opone a la libertad puesto que la coacción consiste, en sentido estricto (como coacción física), en el empleo efectivo de la fuerza sobre alguien para forzarlo a hacer algo en contra de su voluntad. Si la obligación, tal como hemos dicho, es una necesidad de fin categórico y el fin de las obligaciones jurídicas, en última instancia, es la paz social, la seguridad, la armonía y los restantes valores que integran el bien común, es evidente que la observancia de las obligaciones jurídicas no puede quedar librada a la voluntad de los obligados. Al contrario, para que el fin de todo el orden jurídico, ese bienestar general del que habla la Constitución Nacional de la República Argentina, efectivamente se obtenga, es imprescindible que los sujetos obligados cumplan efectivamente con sus obligaciones jurídicas.

Sin embargo, es erróneo decir que el derecho es "coactivo" porque ello implicaría afirmar que todo derecho se cumple por medio de la fuerza y esto no es cierto. Una obligación es *coercible*, puesto que, de no ser cumplida en forma voluntaria por el sujeto, se lo puede coaccionar para que cumpla con la obligación. La coacción es subsidiaria respecto del Derecho, entendido como conducta humana voluntaria y libre; la coacción aparece recién cuando ha fallado el cumplimiento espontáneo o voluntario de la conducta jurídica obligatoria. Esta fuerza o violencia ejercida para hacer efectivo el derecho no pertenece a la esencia del Derecho; sólo es una consecuencia posible. Por lo tanto, la propiedad del derecho es la *coercibilidad* y no la *coactividad*. La conducta jurídica es coercible, en el sentido preciso de que es *susceptible de coacción*.

La función de la coacción es el cumplimiento forzado de la conducta jurídica obligatoria. Y hay dos propiedades de la conducta justa o jurídicamente obligatorias que operan como condiciones de posibilidad de la coacción: la exterioridad y la objetividad. La conducta jurídica es coercible porque, tal como hemos visto, es conducta externa y objetiva. Las conductas puramente interiores no son coercibles. Por ejemplo: no se puede forzar a que una persona quiera a otra, a lo sumo se le podrá exigir coactivamente actos exteriores de respeto. En cambio, es perfectamente posible forzar al pago de una deuda a quien no quiere pagarla. Si no cumple con su obligación consistente en cancelar su deuda, el Juez puede ejecutar la obligación mediante el embargo y posterior venta en subasta judicial de sus bienes (casa, vehículos, etc.) y este el modo de cumplimiento coactivo de la deuda, pues, además, la deuda tiene una medida objetiva que le permite al Juez establecer con precisión el *quantum* de la suma objeto de la ejecución.

9.- Divisiones del Derecho objetivo.

La comprensión del concepto de Derecho puede ser enriquecida con las divisiones de éste, pues la división lógica ayuda a tener una noción más exacta y precisa de los conceptos. La división es *la distribución de un todo en sus partes*. En este caso, estamos hablando de la división de un concepto que es un todo lógico: es la distribución de la significación de un concepto en sus partes. Por medio de la división los conceptos dejan de ser confusos y se nos presentan claros y distintos; claros en cuanto nos permiten conocer un objeto sin confundirlo con otro, y distintos en cuanto nos permiten conocer las notas que lo componen.

Cada división supone un criterio en virtud del cual se hace la división, es decir, un juicio. Los criterios pueden ser diversos, pero no todos tienen el mismo valor científico. Hay algunos criterios científicos necesarios que son esenciales porque dan lugar a las llamadas divisiones *per s*e por oposición a las divisiones *per accidens* que se hacen en función de criterios no esenciales.

Hay tres clases de divisiones *per se*:

1.- <u>División en partes subjetivas (división en especies)</u>: es la división de un concepto unívoco entre sus diversas especies. La división del derecho en especies tendrá en cuenta la causa formal intrínseca o esencia del derecho que es la igualdad. Por lo tanto, según sea la clase de igualdad que se verifique, así será la correspondiente especie del derecho.

Lo justo como igual se divide en: (i) lo justo con igualdad proporcional; y (ii) lo justo con igualdad aritmética. De acuerdo con este criterio, hay dos especies de derecho: (i) Derecho Público y (ii) Derecho Privado.

1.1.- <u>Derecho Público</u>: Corresponde al ámbito de la justicia distributiva y es lo justo que realiza una igualdad proporcional o geométrica. Se caracteriza porque sus relaciones son principalmente de subordinación; son las relaciones jurídicas entre los gobernantes, funcionarios públicos o, en definitiva, quienes representan a la comunidad política y las partes o miembros de ese todo social, en las cuales hay repartos de bienes, cargas, funciones, etc., según un criterio de igualdad proporcional. La igualdad se verifica en la proporción. Esto implica que el derecho público tiene como principio rector el "principio de proporcionalidad".

1.2.- <u>Derecho Privado</u>: es el derecho que regula las relaciones jurídicas de los particulares entre sí. Se trata de sujetos desprovistos de superioridad política o de autoridad, que mantienen relaciones de coordinación entre sí, también llamadas relaciones de cooperación porque son las relaciones que permiten a los individuos y comunidades intermedias cooperar recíprocamente en procura de la obtención de sus fines y bienes particulares; como, por ejemplo, las relaciones propias del comercio y del intercambio de bienes. En estas relaciones rige la igualdad propia de la justicia conmutativa, es decir, una igualdad aritmética o de cosa a cosa entre las prestaciones intercambiadas. El principio rector del derecho privado es el antiguo, aunque perenne, "principio de reciprocidad en los cambios" explicado por primera vez por Aristóteles en el Libro V, Capítulo 5, de la *Ética Nicomaquea*.

2.- <u>División en partes potenciales (de un todo análogo)</u>: es la división de un todo conceptual análogo compuesto por partes que tienen diversa perfección o que realizan el concepto de

una manera diversa. Las distintas partes en las que se divide el concepto realizan desigualmente el concepto.

El derecho, de acuerdo con esta división, se divide en Derecho Natural y Derecho Positivo. Conviene evitar comprender esta división al modo racionalista como una división entre dos derechos distintos que existen separados entre si, como dos sistemas paralelos: uno –el derecho natural– que hace las veces de modela ideal, aunque sin vigencia real efectiva, y el otro –el derecho positivo– que debería ajustarse a ese modelo y que es el único que rige realmente. Antes bien, el Derecho es uno sólo y es, a la vez y simultáneamente, natural y positivo, porque el Derecho reúne dos propiedades complementarias entre sí, aunque no idénticas, que son la validez y la vigencia.

El derecho natural y el derecho positivo son *dos aspectos o partes del mismo derecho* vigente en cada comunidad política o Estado que, se vinculan, respectivamente, con la validez y con la vigencia. El derecho es lo justo con una igualdad objetiva. Esto justo se presenta con dos propiedades que derivan esencialmente de la propia naturaleza del derecho: (i) validez y (ii) vigencia.

Todo el derecho se presente, a la vez, como válido y vigente. La validez del derecho hace referencia al valor del derecho. La validez del derecho es la propiedad que tiene el derecho en tanto es un fenómeno valorativo, en tanto realiza cierta forma de bondad que se llama, propiamente, justicia. El derecho guarda una relación constitutiva y esencial con el valor justicia. El derecho no puede esencialmente desentenderse de un mundo de valores, es decir, de bienes. ¿De donde le viene el valor? Le viene de los fines de la naturaleza humana, de la entelequia humana. El derecho es valioso para el hombre, para la vida social, porque *ubi societas, ibi ius*, esto es, no es siquiera concebible la vida del hombre en sociedad sin alguna organización jurídica que establezca qué es lo tuyo y qué es lo mío, quien manda y quien está obligado a obedecer, cuáles son las reglas de la distribución de los bienes comunes, etcétera. Entonces, llamamos derecho natural a aquellos aspectos del derecho que valen como derecho naturalmente. Aquellos aspectos del Derecho que están determinados por la naturaleza humana (el estado, la política, etc.) valen como derecho con independencia de lo que los hombres establecen. Santo Tomás de Aquino sostiene que el derecho natural es el principio de validez intrínseco del derecho. El derecho natural es el principio inmanente de validez del derecho.

En cambio, el derecho positivo es aquel que antes de ser determinado por el hombre era naturalmente independiente (Aristóteles). El derecho positivo es lo que es justo o injusto por determinación del hombre. Esta determinación humana es necesaria y constitutiva del derecho en la medida que se realiza en concreción del derecho y, por lo tanto, es vigencia.

La vigencia es la fuerza del derecho. ¿A qué clase de fuerza estamos haciendo referencia? Hacemos referencia a la fuerza social o moral que es una cierta habilitación. Es una suerte de determinación sobre la conducta. La forma más eficaz de vigencia es la costumbre porque es la vigencia generalizada. El derecho positivo es el principio de determinación del derecho. Validez y vigencia se reclaman mutuamente.

El derecho natural no es derecho determinado, porque sólo está determinado por la naturaleza humana. Tiene un cierto grado de abstracción por eso el derecho no puede ser sólo natural. El derecho tiene que ser a la vez natural y positivo. El derecho positivo determina al derecho natural de distintas maneras, que tienen que ver con el tiempo histórico, el lugar geográfico, etc.

¿Cuáles son las formas de positivización?

a) la costumbre jurídica;

b) el contrato o convenio;

c) la determinación autoritativa: (i) del legislador en general y (ii) del juez en particular.

Hay un solo derecho que es a la vez natural y positivo. El derecho positivo es lo que le confiere determinación histórica y social a la validez que emana del derecho natural. Son como forma y materia de un mismo derecho, a la vez natural y positivo, a la vez válido y vigente.

Lo visto hasta aquí se opone a la concepción Escuela moderna de Derecho Natural (Grocio, Puffendorf) que tiende a acentuar la división entre el derecho natural y derecho positivo. Esto significa hacer entrar en conflicto al derecho consigo mismo porque significa que va a haber dos esferas de vigencia y de validez que pueden entrar en conflicto. Este pensamiento conduce al positivismo porque no se sostiene esta duplicación de vigencia y de validez del derecho, entonces tiene que caer una. Y como el derecho se aplica a lo social y concreto, necesita concreción y, por lo tanto, se impone el derecho positivo.

3.- <u>División en partes cuasi-integrales</u>: es la división de un concepto por su materia. Es la división en las partes que constituyen una cosa y que se reflejan en el concepto. Esta división tiene en cuenta la materia del derecho. La materia del derecho es la vida social y, por lo tanto, de acuerdo con este criterio de división el Derecho se divide por su ámbito social de vigencia.

Aristóteles –en *Ética Nicomaquea*, L. V, cap. 6– divide el Derecho (lo justo) según su ámbito social de vigencia en dos clases: (i) el derecho doméstico y (ii) el Derecho Político o Estatal, pero no en el sentido que actualmente se da al Derecho Político sino en un sentido más amplio puesto que comprende a todo el derecho que se da en la polis.

El Derecho Domestico es el que se verifica en el ámbito de la casa, en el seno de la comunidad domestica. Es un derecho imperfecto o analógico (*ius secundum quid*) porque para que haya derecho perfecto tiene que haber alteridad, es decir, una clara distinción de uno y otro. En el ámbito de la comunidad familiar el vínculo social es tan intenso que debilita la alteridad. Mientras dura la convivencia doméstica, los intereses de sus miembros casi se confunden a punto tal que su perfecta distinción resulta siempre problemática. Se distingue relaciones de:

- Padres e hijos: no hay total alteridad en los intereses mientras el hijo está dentro de la casa. Y, por eso, los hurtos domésticos de los hijos de familia sólo en parte constituyen injusticia, precisamente porque no hay perfecta alteridad entre padres e hijos.
- Esposa-esposo: tienen una comunidad de intereses en la que no se puede hacer una distinción precisa.
- Amo-esclavo: está el principio jurídico de que todo lo del esclavo es del amo. Pero también está el principio de que todo lo que gana o pierde el esclavo afecta al amo. Por lo tanto, no se pueden distinguir intereses.

El derecho perfecto o derecho a secas (*ius simpliciter*) se verifica en la polis porque entre ciudadanos hay concordia de integración, indispensable para la existencia misma de la vida

social, pero hay suficiente distinción de intereses. En este ámbito se da el derecho natural y el derecho positivo.

Ni Aristóteles ni tampoco Santo Tomás se plantean explícitamente la existencia del Derecho internacional público porque en sus respectivas épocas si bien había alteridad entre las diversas comunidades políticas, no había un vínculo social unitivo entre ellas (concordia internacional) susceptible de constituir una comunidad internacional de naciones o de estados.

La comunidad internacional aparece recién a partir del siglo XVI y los hechos que le dan nacimiento son los siguientes:

1. La Reforma Protestante que rompió la unidad de la fe cristiana y la jurisdicción del Papa.
2. El fin del Sacro Imperio Romano Germánico, que cae como consecuencia de las guerras de religión entre protestantes y católicos que hubieron desde la Reforma luterana a principios del siglo XVI. Los acontecimientos que traen aparejado la virtual desaparición del Imperio Cristiano de Occidente son: (i) la Paz de Augsburgo, acuerdo firmado en 1555 entre el emperador Carlos V y los príncipes alemanes en el que se reconocía a estos la libertad de establecer la religión que desearan en sus respectivos territorios; y (ii) la Paz de Westfalia, que en 1648 puso fin a la Guerra de los Treinta Años y creo el primer sistema internacional de estados naciones soberanos; y la Paz de Augsburgo (fin de la guerra de los 30 años);
3. La descomposición del imperio otomano.
4. El nacimiento de los estados nacionales sobre la base de la idea moderna de soberanía que tendría lugar durante los siglos XVI y XVII.
5. Sobre todo, el descubrimiento de América, en 1492, y de las nuevas rutas de navegación que tornan evidente la unidad y la limitación espacial del planeta.

Desde ese entonces, todas las naciones conviven en un espacio limitado y esa convivencia da lugar a problemas nuevos de distribución de jurisdicciones y competencias ente los Estados. Desde ese momento, la alteridad y la concordia entre los nuevos estados nacionales en el ámbito de una comunidad internacional universal (descentralizada) aparecen como fenómenos empíricamente verificables y, con ellos, surgen fenómenos jurídicos novedosos tales como la regulación de la guerra, el comercio marítimo y terrestre interjurisdiccional, la delimitación de los ámbitos jurisdiccionales espaciales, el estatuto de las legaciones diplomáticas, etc.

El Derecho Internacional público surge como respuesta a la necesidad de crear un régimen de jurisdicción y competencia entre los distintos estados que conforman la comunidad internacional y, sobre todo, en los lugares comunes pero no sujetos a la jurisdicción y competencia de una nación en particular: por ejemplo, los mares, el espacio aéreo internacional. El fin del Derecho Internacional Público es la paz y la cooperación internacional.